FORUM PRAWNICZE

NUMER 1 (39)
2017

Spis treści

ARTYKUŁY

Marek Szydło

3 **Opodatkowanie sprzedaży detalicznej w Polsce a unijne przepisy o pomocy państwa**

Radosław Zyzik

21 **Czy Leon Petrażycki był prekursorem behawioralnej ekonomicznej analizy prawa?**

Grzegorz Blicharz, Tomasz Kisielewicz

34 **Prawne aspekty zarządzania *commons* wobec technicznych wyzwań rozwoju *smart city***

Michał Krzykowski

55 **Wytwarzanie energii elektrycznej w technologii wysokosprawnej kogeneracji – zmiany legislacyjne w ciągu ostatnich lat**

Beata Patrycja Walczyna

70 **Partycypacja społeczna w planowaniu przestrzennym – ocena praktycznego działania zasady**

POLEMIKA

Igor Zachariasz

80 **Prawo w ujęciu strukturalnym. W odpowiedzi Rafałowi Szczepaniakowi na tekst recenzyjny**

ORZECZNICTWO

Piotr Sitnik

90 **Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich**

Adam Dassuj

99 **Przegląd orzecznictwa sądów francuskich**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 znaków.

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przesyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

PGE Polska Grupa Energetyczna

Partner numeru 1(39)/2017 „Forum Prawniczego”.

FORUM PRAWNICZE

Numer 1(39) | 2017
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WYDAWCA
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)
prof. Petr Blaho – Uniwersytet Trnawski (Słowacja)
prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński
prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski
prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indiany (USA)
prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)
prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski
prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa
prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Jerzy Pisuliński – Uniwersytet Jagielloński
prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski
prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Skoczylas – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński
prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński
prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu
ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Sekretarz redakcji: dr Jan Andrzejewski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
mgr Michał Derek – Uniwersytet Jagielloński
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
dr Krzysztof Szczucki – Uniwersytet Warszawski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Redakcja językowa: Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Piotr Sitnik
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

PRĄD
Z POMOCĄ FACHOWCÓW.

**PRĄD W PGE JEST ZAWSZE W STAŁEJ CENIE,
ALE TERAZ TAKŻE Z DODATKOWYMI USŁUGAMI.**

Szukasz idealnej ceny za energię elektryczną?
Sprawdź nową ofertę PGE i wybierz najkorzystniejsze
dla Ciebie rozwiązanie.

Szczegóły oferty, w tym dotyczące gwarancji ceny, zawarte są w regulaminie oferty, dostępnym na **zapewniamyenergie.pl**, **www.gkpge.pl**, pod numerem telefonu **422 222 222** (koszt połączenia według taryfy operatora) lub u doradcy w Biurze Obsługi Klienta.

PGE

zapewniamyenergie.pl

Marek Szydło

Opodatkowanie sprzedaży detalicznej w Polsce a unijne przepisy o pomocy państwa

Marek Szydło

Profesor doktor habilitowany nauk prawnych. Kierownik Zakładu Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Ekspert do spraw legislacji w Biurze Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu RP. Radca prawny

✉ *marek.szydlo@uwr.edu.pl*

Taxation of Retail Sale and EU Law on State Aid

The current allegations of the European Commission that Polish retail tax is a selective measure constituting state aid within the meaning of Article 107(1) of TFEU are entirely groundless. Such Commission's claims infringe upon the tax autonomy (sovereignty) of Poland as an EU Member State in the field of shaping the basic parameters of taxes. It is recommended that European Commission should abstain in the future from encroaching upon the regulatory freedom of Member States in taxing specific kinds of activities and pursuing, in that way, legitimate fiscal and redistributive goals at national level.

1. Wprowadzenie

Opodatkowanie sprzedaży detalicznej w Polsce specjalnym podatkiem nałożonym na podmioty prowadzące działalność w zakresie handlu detalicznego stało się faktem normatywnym wraz z wejściem w życie 1 września 2016 r. ustawy z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej[1]. Faktyczne pobieranie tego podatku – który w zamierzeniu jego twórców miał przynosić budżetowi państwa roczne wpływy w wysokości około 1,9 mld PLN[2] – zostało wszakże zaniechane już w dniu 18 października 2016 r. z mocą wsteczną do przychodów osiągniętych od dnia wejścia w życie wspomnianej ustawy[3]. Powodem

1 Dz.U. z 2016 r. poz. 1155.

2 Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o sprzedaży detalicznej, dostępne na stronie http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=615, s. 9–10

3 Zob. rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 18 października 2016 r. w sprawie zaniechania poboru podatku od sprzedaży detalicznej, Dz.U. z 2016 r. poz. 1723. Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 22 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 613, z późn. zm.). W dniu 15 listopada 2016 r. uchwalona została ustawa o zmianie ustawy o podatku od

tak szybkiego zaniechania poboru tego podatku było wszczęcie przez Komisję Europejską (KE) przeciwko Polsce w dniu 19 września 2016 r. formalnego postępowania wyjaśniającego przewidzianego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) w związku z podejrzeniem, że podatek ten – zawarte w jego konstrukcji progresywne stawki podatkowe – stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W decyzji wszczynającej owo formalne postępowanie wyjaśniające (dalej: decyzja KE) Komisja nakazała Polsce zawieszenie stosowania progresywnych stawek w omawianym podatku[4].

Niniejszy artykuł ma na celu wykazanie, że zarzuty KE względem pomocowego charakteru polskiego podatku od sprzedaży detalicznej są całkowicie niezasadne i naruszają autonomię podatkową Polski jako państwa członkowskiego Unii Europejskiej (UE) w zakresie kształtowania podstawowych elementów konstrukcyjnych podatków. Niezależnie od finalnego efektu tej konkretnej sprawy dotyczącej polskiego podatku w postępowaniu przed instytucjami unijnymi (tzn. przed KE, a następnie przed sądami unijnymi)[5], należałoby postulować, aby KE zaniechała na przyszłość tak daleko idącego wkraczania w swobodę regulacyjną państw członkowskich w opodatkowywaniu określonych rodzajów działalności oraz w realizowaniu w ten sposób na szczeblu krajowym usprawiedliwionych celów fiskalnych i redystrybucyjnych.

Komisja Europejska powinna zaniechać zbyt daleko idącego wkraczania w swobodę regulacyjną państw członkowskich w opodatkowywaniu określonych rodzajów działalności oraz w realizowaniu w ten sposób na szczeblu krajowym usprawiedliwionych celów fiskalnych i redystrybucyjnych.

2. Krajowe środki podatkowe formalnie różnicujące sytuację poszczególnych kategorii podatników jako środki niemające charakteru selektywnego w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE

Fakt, iż dany krajowy środek (instrument) podatkowy, w tym ustanowiony przez państwo członkowskie podatek, w formalny sposób różnicuje sytuację poszczególnych kategorii podatników, tak iż przewiduje on dla różnych kategorii podatników zróżnicowane obciążenia, w szczególności zaś przewiduje

sprzedaży detalicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 2099), w której postanowiono, że przepisy ustawy o podatku od sprzedaży detalicznej stosuje się do przychodów ze sprzedaży detalicznej osiągniętych od dnia 1 stycznia 2018 r.

4 Decyzja KE z dnia 19 września 2016 r. w sprawie Pomoc państwa SA.44351 (2016/C) (ex 2016/NN) – Podatek od sprzedaży detalicznej w Polsce (Dz.Urz. UE C 406 z 4.11.2016, s. 4). Wspomniane postępowanie wyjaśniające zostało zakończone wydaniem przez KE w dniu 30 czerwca 2017 r. decyzji kończącej postępowanie i potwierdzającej wszystkie wcześniejsze zarzuty KE. Do chwili druku niniejszego artykułu decyzja KE z 30 czerwca 2017 r. nie została jeszcze opublikowana, niemniej KE potwierdziła w niej wszystkie swoje wcześniejsze zarzuty wobec polskiego podatku. W związku z tym wszystkie rozważania w niniejszym artykule pozostają w pełni aktualne.

5 Polska zaskarżyła rzeczoną decyzję KE do Sądu (trybunału UE, powołanego pod nazwą Sądu Pierwszej Instancji) – sprawa T-836/16, *Rzeczpospolita Polska przeciwko Komisji*.

stosowanie dla każdej z wchodzących w grę kategorii podatników odmiennej stawki podatkowej, wcale niekoniecznie oznacza, że środek taki ma charakter selektywny w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE i stanowi w związku z tym pomoc państwa w świetle tego ostatniego przepisu[6].

Aby dany krajowy środek podatkowy (w tym np. podatek od sprzedaży detalicznej) można było zakwalifikować jako mający charakter selektywny w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (i będący, przy założeniu spełnienia pozostałych przesłanek, pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE), konieczne jest najpierw zidentyfikowanie i zbadanie reżimu podatkowego, który jest powszechny lub „normalny" w danym państwie członkowskim; jest to tzw. system odniesienia. To właśnie w odniesieniu do tego powszechnego lub „normalnego" reżimu podatkowego (tj. w stosunku do systemu odniesienia) należy następnie ocenić i ustalić ewentualny selektywny charakter korzyści przysparzanych przez rozpatrywany środek podatkowy, wykazując, że ustanawia on odstępstwo od systemu powszechnego, ponieważ wprowadza zróżnicowanie podmiotów gospodarczych znajdujących się, w świetle celu wyznaczonego systemowi podatkowemu danego państwa członkowskiego, w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej[7]. System odniesienia jest to zatem poziom, względem którego ocenia się selektywność (lub brak selektywności) danego środka podatkowego. Obejmuje on spójny zbiór zasad, które zwykle mają zastosowanie – na podstawie obiektywnych kryteriów – do wszystkich przedsiębiorstw wchodzących w jego zakres, tak jak te zasady określono przez cel tego systemu. Zasady te zazwyczaj definiują nie tylko zakres tego systemu, ale także: warunki, na jakich ma on zastosowanie, prawa i obowiązki przedsiębiorstw mu podlegających oraz aspekty techniczne dotyczące funkcjonowania systemu. Jeżeli chodzi o podatki, system odniesienia opiera się na takich elementach, jak podstawa opodatkowania, podatnicy, zdarzenie podatkowe i stawki podatkowe. Przykładowo: system odniesienia można identyfikować w odniesieniu do krajowego systemu podatku od osób prawnych, systemu podatku od wartości dodanej lub ogólnego systemu opodatkowania ubezpieczeń[8], a także w odniesieniu do (polskiego) systemu podatku od sprzedaży detalicznej, stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania.

Po ustaleniu systemu odniesienia właściwego dla danego środka podatkowego (w tym np. po ustaleniu systemu odniesienia właściwego dla podatku od sprzedaży detalicznej) kolejny etap analizy selektywności (lub braku selektywności) danego środka podatkowego polega na zbadaniu, czy dany środek wprowadza zróżnicowanie przedsiębiorstw odstępujące od tego systemu. W tym celu konieczne jest ustalenie, czy środek może sprzyjać określonym przedsiębiorstwom lub produkcji określonych towarów – w porównaniu z innymi przedsiębiorstwami, które znajdują się, w świetle istotnego celu tego systemu odniesienia, w podobnej sytuacji faktycznej i prawnej. Państwa członkowskie nie mogą jednak powoływać się w tym kontekście na cele zewnętrzne, takie jak cele polityki regionalnej,

6 Należy w tym miejscu przypomnieć, że selektywność danego środka jest jedną z kilku konstytutywnych cech, które muszą być obligatoryjnie spełnione, by wchodzący w grę środek mógł być uznany za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Pozostałe z cech konstytutywnych są następujące: 1) pochodzenie środka od państwa lub ze środków państwowych, 2) powodowanie przez środek wsparcia o charakterze uprzywilejowującym, 3) zakłócanie lub groźba zakłócenia przez środek konkurencji, 4) wpływ środka na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Zob. szerzej np. R. Plender, *Definition of Aid* (w:) A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn (red.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford 2004, s. 3–40; L. Hancher, T. Ottervanger, P.J. Slot, *EU State Aids*, London 2012, s. 49–120; M. Szydło, *Pojęcie pomocy państwa w prawie wspólnotowym*, „Studia Europejskie" 2002, nr 4, s. 33–54; A. Nykiel, *Pojęcie pomocy państwa w świetle prawa Unii Europejskiej* (w:) C. Mik (red.), *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002, s. 193–213; S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 33–131.

7 Wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE): z dnia 8 września 2011 r. w sprawach połączonych od C78/08 do 80/08 *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 49; z dnia 1 lipca 2006 r. w sprawie C88/03 *Portugalia przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2006:511, pkt 56.

8 Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, pkt 132–134 (Dz.Urz. UE C 262/01 z 19.7.2016, s. 30), dalej: zawiadomienie KE z 2016 r.

środowiskowej lub przemysłowej, aby uzasadnić zróżnicowane traktowanie przedsiębiorstw[9]. Badając zatem selektywność danego środka podatkowego (w tym np. podatku od sprzedaży detalicznej), należy ustalić, czy określone zwolnienia podatkowe lub inne odstępstwa ny na pierwszy rzut oka, czyli że zawiera odstępstwa od właściwego systemu odniesienia przynoszące korzyści określonym przedsiębiorstwom znajdującym się w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej jak pozostałe przedsiębiorstwa, to wówczas środek

Nawet środek podatkowy formalnie różnicujący może być uznany za nieselektywny w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, jeżeli stosujące go państwo członkowskie jest w stanie wykazać, że wynika on bezpośrednio z zasad leżących u podstaw systemu podatkowego tego państwa.

od systemu odniesienia właściwego dla danego środka podatkowego (takie jak np. progresywne stawki podatkowe stosowane w danym podatku, o ile nie uzna się ich za element samego systemu odniesienia właściwego dla danego podatku) mogą sprzyjać niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów w porównaniu z innymi przedsiębiorstwami znajdującymi się w podobnej sytuacji faktycznej i prawnej, przy czym to podobieństwo ocenia się w świetle celu realizowanego przez system odniesienia, w tym przez reżim danego podatku[10]. Jeżeli dany środek podatkowy (np. podatek od sprzedaży detalicznej) sprzyja określonym przedsiębiorstwom lub produkcji określonych towarów, które są w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej jak pozostałe przedsiębiorstwa lub sektory produkcji, wówczas środek ten jest selektywny na pierwszy rzut oka, czyli jest selektywny *prima facie*[11].

Po tym, gdy ustali się, że dany środek podatkowy (np. podatek od sprzedaży detalicznej) jest selektywtaki wciąż może być kwalifikowany jako nieselektywny w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, o ile zawarte w tym środku odstępstwa od właściwego systemu odniesienia (np. zwolnienia podatkowe, progresywne stawki podatkowe) są uzasadnione charakterem i ogólną strukturą systemu podatkowego, którego stanowią część lub w który się wpisują[12]. Środek podatkowy ustanawiający wyjątek od ogólnego systemu podatkowego (tj. od właściwego systemu odniesienia) może być więc uzasadniony, jeżeli stosujące go państwo członkowskie jest w stanie wykazać, że wynika on bezpośrednio z zasad leżących u podstaw jego systemu podatkowego[13]. W tym względzie należy dokonać rozróżnienia pomiędzy celami przypisanymi

9 Zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 135.

10 Wyrok TSUE z dnia 8 września 2011 r. w sprawach połączonych od C78/08 do 80/08 *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 54.

11 Zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 137.

12 Wyroki TSUE: cyt. wyżej *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 64; z dnia 8 listopada 2001 r. w sprawie C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH przeciwko Finanzlandesdirektion für Kärnten*, ECLI:EU:C:2001:598, pkt 42; Wyrok Sądu z dnia 4 lutego 2016 r. w sprawie T287/11 *Heitkamp BauHolding GmbH przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2016:60, pkt 158.

13 Wyroki TSUE: cyt. wyżej *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 65; cyt. wyżej *Portugalia przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2006:511, pkt 81; z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C6/12 *P Oy*, ECLI:EU:C:2013:525, pkt 22.

szczególnemu systemowi podatkowemu oraz celami wobec niego zewnętrznymi – z jednej strony – a mechanizmami stanowiącymi nieodłączną część tego systemu podatkowego, które są niezbędne dla osiągnięcia takich celów – z drugiej strony[14]. Przy czym, aby zwolnienia podatkowe lub inne odstępstwa od systemu odniesienia właściwego dla danego środka podatkowego (np. stawki progresywne w podatku od sprzedaży detalicznej) mogły być uzasadnione charakterem i ogólną strukturą systemu podatkowego danego państwa członkowskiego, należy zapewnić, aby były one zgodne z zasadą proporcjonalności i nie przekraczały granic tego, co jest konieczne, w tym sensie, że realizowany przez nie zgodny z prawem cel nie może zostać osiągnięty za pomocą innych, nie tak daleko idących środków[15].

Jak w tym kontekście stwierdza KE (podsumowując przytoczone wyżej orzecznictwo sądów unijnych), środek podatkowy, który stanowi odstępstwo od właściwego systemu odniesienia (czyli na pierwszy rzut oka selektywny), jest w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE nieselektywny, jeżeli uzasadniony on jest charakterem lub ogólną strukturą tego systemu odniesienia. Dotyczy to przypadków, w których środek wynika bezpośrednio z istotnych podstawowych lub przewodnich zasad systemu odniesienia, lub w których jest on wynikiem wewnętrznych mechanizmów niezbędnych do zapewnienia funkcjonowania i skuteczności systemu. Nie można natomiast powoływać się na zewnętrzne cele polityki, które nie są nierozerwalnie związane z tym systemem. Podstawą możliwego uzasadnienia mogłyby być na przykład: potrzeba zwalczania nadużyć finansowych lub oszustw podatkowych; konieczność uwzględnienia określonych wymogów rachunkowości; możliwości zarządzania administracyjnego; zasada neutralności podatkowej; progresywny charakter podatku dochodowego i jego cel związany z redystrybucją; konieczność unikania podwójnego opodatkowania lub cel polegający na optymalizacji odzyskiwania długów podatkowych. Przy czym, aby odstępstwa od systemu odniesienia mogły być uzasadnione charakterem lub ogólną strukturą systemu, należy zapewnić, by środki te były proporcjonalne i nie wykraczały poza to, co jest konieczne w celu osiągnięcia realizowanego uzasadnionego celu oraz pod warunkiem, że cel ten nie może zostać osiągnięty przy użyciu mniej rozległych środków[16].

3. Polski podatek od sprzedaży detalicznej jako środek podatkowy o charakterze nieselektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE

W świetle przedstawionych powyżej kryteriów oceny selektywności danego środka podatkowego, rozwiniętych w orzecznictwie sądów unijnych oraz w praktyce decyzyjnej KE, należy jednoznacznie stwierdzić, że polski podatek od sprzedaży detalicznej nie jest środkiem selektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, a w związku z tym nie stanowi on pomocy państwa w rozumieniu tego przepisu.

Polski podatek od sprzedaży detalicznej, unormowany w ustawie z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej, jest podatkiem o charakterze przychodowym (obrotowym), którego przedmiotem opodatkowania jest przychód ze sprzedaży detalicznej (art. 5 powołanej ustawy), zaś podstawę opodatkowania stanowi w tym przypadku osiągnięta w danym miesiącu nadwyżka przychodów ze sprzedaży detalicznej ponad kwotę 17 mln zł (art. 6 ust. 1 powołanej ustawy). Stawki tego podatku wynoszą: 1) 0,8% podstawy opodatkowania – w części, w jakiej podstawa opodatkowania nie przekracza kwoty 170 mln zł; 2) 1,4% nadwyżki podstawy opodatkowania ponad kwotę 170 mln zł – w części, w jakiej podstawa opodatkowania przekracza kwotę 170 mln zł (art. 9 powołanej ustawy). Podatnicy są obowiązani obliczać i wpłacać podatek od sprzedaży detalicznej na rachunek urzędu skarbowego za miesięczne okresy rozliczeniowe (art. 10 ust. 1 powołanej ustawy).

14 Wyroki TSUE: cyt. wyżej *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 69; cyt. wyżej *Portugalia przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2006:511, pkt 81; z dnia 7 marca 2012 r. w sprawie T210/02 RENV *British Aggregates Association przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2012:110, pkt 84; cyt. wyżej *Heitkamp BauHolding GmbH przeciwko Komisji* ECLI:EU:T:2016:60, pkt 159.

15 Wyrok TSUE w sprawach cyt. wyżej, *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 75; wyrok Sądu w sprawie cyt. wyżej, *Heitkamp BauHolding GmbH przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2016:60, pkt 160.

16 Zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 138–140.

Tak właśnie skonstruowany polski podatek od sprzedaży detalicznej nie spełnia kryteriów uznania go za środek podatkowy o charakterze selektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W szczególności zaś o selektywności tego podatku nie mogą bynajmniej świadczyć zastosowane w ramach jego konstrukcji progresywne stawki podatkowe, wynoszące 0,8% oraz 1,4% podstawy opodatkowania (nawiasem mówiąc, w decyzji KE błędnie przyjęto, jakoby w ramach polskiego podatku od sprzedaży detalicznej istniała jeszcze trzecia stawka podatkowa wynosząca 0% – pkt 8 decyzji KE; stanowi to przejaw niezrozumienia konstrukcji tego polskiego podatku, gdyż przychód ze sprzedaży detalicznej w kwocie do 17 mln zł nie podlega stawce podatkowej 0%, lecz w ogóle nie mieści się w podstawie opodatkowania – zob. art. 6 ust. 1 ustawy o podatku od sprzedaży detalicznej).

O tym, że polski podatek od sprzedaży detalicznej jest środkiem nieselektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE świadczy cały szereg zasadnych argumentów.

O tym, że polski podatek od sprzedaży detalicznej jest środkiem nieselektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, świadczą następujące okoliczności i argumenty.

Po pierwsze, w ramach konstrukcji polskiego podatku od sprzedaży detalicznej nie występują żadne odstępstwa od systemu odniesienia właściwego dla tego podatku, które to odstępstwa mogłyby zostać ewentualnie potraktowane jako mające charakter selektywny. Systemem odniesienia właściwym dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej jest cały ten podatek w swojej pełnej konstrukcji, stosowany do przedsiębiorstw działających na terenie Polski w sektorze sprzedaży detalicznej wszystkich rodzajów towarów, włącznie ze stanowiącymi jego immanentny element progresywnymi stawkami podatkowymi, wynoszącymi 0,8% oraz 1,4% podstawy opodatkowania. Co prawda, w decyzji KE uznano, że owe progresywne stawki podatkowe (czy też progresywna skala podatkowa) określone w ustawie o podatku od sprzedaży detalicznej nie stanowią części tego systemu odniesienia (pkt 22–29 decyzji KE). Niemniej jednak to stanowisko Komisji Europejskiej jest błędne. Stawki podatkowe stanowią zawsze inherentny element każdego podatku (tzn. są nieodzownym elementem podatkowoprawnego stanu faktycznego określonego w każdej ustawie podatkowej) i bez nich żaden podatek w zasadzie nie może istnieć. Co ciekawe, w swoim zawiadomieniu z 2016 r. dotyczącym pojęcia pomocy państwa sama KE przyznaje, że w przypadku środków państwowych, jakimi są podatki, stawki podatkowe stanowią element systemu odniesienia: zdaniem KE system odniesienia właściwy dla danego podatku opiera się m.in. na stawkach podatkowych[17]. To ostatnie twierdzenie jest tym bardziej właściwe w przypadku polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, który zawiera jedynie dwie stawki podatkowe. Stawki te są przy tym określone w sposób bardzo czytelny i jednoznaczny, są relatywnie niewysokie i stosunkowo płaskie (tzn. przejście z jednej stawki do drugiej nie jest wcale gwałtowne ani radykalne, gdyż stawka wyższa pozostaje w relacji do stawki niższej w stosunku wynoszącym jedynie 1,75), a ponadto stawką wyższą opodatkowane są jedynie przychody danego podatnika w części, w jakiej przekraczają one kwotę 170 mln zł, a więc tą wyższą stawką ani nie są opodatkowane wszystkie przychody danego podatnika, ani też nawet nie są nią opodatkowane wszystkie przychody danego podatnika przekraczające kwotowy próg podstawy opodatkowania (w omawianym polskim podatku występuje więc tzw. szczeblowość progresji podatkowej, bardzo korzystna dla podatników). Ważna jest też okoliczność, iż obie stawki podatkowe w polskim podatku od sprzedaży

17 Zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 134.

detalicznej mają charakter w pełni obiektywny i niedyskryminacyjny, gdyż są zrelacjonowane względem jednoznacznej i obiektywnie określonej podstawy opodatkowania, jaką jest miesięczna wielkość przychodów ze sprzedaży detalicznej ponad kwotę 17 mln zł. Tego rodzaju podstawa opodatkowania oraz jej kwotowy próg mają charakter w pełni otwarty, w tym mianowicie sensie, że nikogo z góry nie wykluczają, nie dyskryminują i są dostępne dla każdego. Oznacza to, że każdy podatnik (będący przedsiębiorstwem handlu detalicznego) może skorzystać ze wspomnianego wyżej kwotowego progu podstawy opodatkowania, gdyż, po pierwsze, każdy, kto tak zakreślonych przychodów miesięcznych nie osiąga, w ogóle nie podlega opodatkowaniu, a po drugie, każdy podatnik, którego przychód miesięczny ze sprzedaży detalicznej przekracza tak zakreślony kwotowy próg, nie podlega opodatkowaniu w zakresie przychodów owego progu nieprzekraczających (i nie jest to kwestią żadnej uznaniowej i arbitralnej decyzji jakiegokolwiek organu). Co więcej, istnienie dwóch różnych stawek podatkowych w polskim podatku od sprzedaży detalicznej, a także wyłączenie spod opodatkowania tym podatkiem przychodów w wysokości niższej niż kwotowy próg podstawy opodatkowania, jest uzasadnione celami tego podatku, a mianowicie dążeniem do uzyskania wpływów budżetowych i jednoczesnym dążeniem do rozłożenia wchodzących tutaj w grę obciążeń podatkowych pomiędzy różne kategorie podatników stosownie do ich zdolności świadczenia, tak aby chronić bazę podatkową i sprawiedliwie rozkładać podatkowe obciążenia (co zresztą niejako zwrotnie przyczynia się również do realizacji celów fiskalnych tego podatku). Cele polskiego podatku od sprzedaży detalicznej są więc nie tylko celami fiskalnymi (tj. wyrażającymi się w dążeniu do osiągania wpływów budżetowych), ale są również celami redystrybucyjnymi[18]. I właśnie tymi celami należy tłumaczyć ustanowienie w ustawie o podatku od sprzedaży detalicznej dwóch różnych stawek podatkowych, a także ustanowienie kwotowego progu podstawy opodatkowania. Te progresywne stawki podatkowe oraz kwotowy próg podstawy opodatkowania są przydatne zarówno dla realizacji celu fiskalnego polskiego podatku od sprzedaży detalicznej (bo wpływy do budżetu państwa z tego podatku będą mogły być rzeczywiście realizowane w zakładanym stopniu tylko wtedy, gdy obciąży się podatników zgodnie z zasadą zdolności świadczenia i gdy w związku z tym słabszych podatników nie obciąży się nadmiernie i rujnująco, i gdy z kolei również silniejszym podatnikom zapewni się możliwość korzystania z kwotowego progu podstawy opodatkowania), jak też dla realizacji celu redystrybucyjnego tego podatku (tj. dla sprawiedliwego rozłożenia ciężarów podatkowych zgodnie z zasadą zdolności świadczenia). Komisja Europejska nie ma więc racji, twierdząc, że polski podatek od sprzedaży detalicznej zawierający progresywne stawki podatkowe „jest zatem z zasady selektywny w sposób, którego nie można uzasadnić celem podatku, jakim jest uzyskanie wpływów do budżetu państwa" i że w związku z tym „odpowiednim systemem odniesienia w przedmiotowej sprawie jest opodatkowanie miesięcznych przychodów ze sprzedaży detalicznej bez progresywnej skali podatkowej będącej częścią tego systemu" (pkt 29 decyzji KE). Wbrew temu stwierdzeniu Komisji, to właśnie dzięki progresywnym stawkom podatkowym, a także dzięki kwotowemu progowi podstawy opodatkowania możliwe jest realizowanie celów polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, w tym realizowanie jego celu fiskalnego (tj. przysparzania wpływów do budżetu państwa), i to m.in. z uwagi na instrumentalny związek tych elementów konstrukcyjnych z celami podatku od sprzedaży detalicznej obie progresywne stawki podatkowe oraz kwotowy próg podstawy opodatkowania stanowią immanentny element systemu odniesienia właściwego dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej.

To, co powiedziano wyżej o progresywnych stawkach podatkowych oraz o kwotowym progu podstawy opodatkowania w polskim podatku od sprzedaży detalicznej (tj. o ich obiektywności, niedyskryminacyjnym charakterze oraz instrumentalnej przydatności dla realizacji celów tego podatku, w tym celu fiskalnego) pozwala finalnie stwierdzić, że obie progresywne stawki podatkowe w tym podatku oraz kwotowy próg podstawy opodatkowania stanowią element spójnego zbioru reguł podatkowych mających zastosowanie, na podstawie obiektywnych kryteriów,

18 Uzasadnienie do projektu ustawy o sprzedaży detalicznej, s. 1 i 7.

do wszystkich przedsiębiorstw (podatników) objętych polskim podatkiem od sprzedaży detalicznej, tak jak określono to z uwagi na cel tego systemu. W tym sensie obie progresywne stawki podatkowe, a także kwotowy próg podstawy opodatkowania, stanowią immanentny element systemu odniesienia właściwego dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej. Od tego zaś systemu odniesienia, obejmującego łącznie m.in. obie progresywne stawki podatkowe oraz podstawę opodatkowania (w tym kwotowy próg tej podstawy opodatkowania), nie ma w ustawie o podatku od sprzedaży detalicznej żadnych dalszych odstępstw, w tym w postaci np. zwolnień podatkowych, które by mogły świadczyć o selektywności tego podatku w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Stanowisko zaś KE, iż systemem odniesienia właściwym dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej jest ten podatek bez progresywnej skali podatkowej (zob. pkt 22–29 decyzji KE), jest bardzo arbitralne i nie poparte przekonującymi argumentami, a przy tym opiera się na błędnym i zubożonym zidentyfikowaniu celów polskiego podatku od sprzedaży detalicznej (tzn. KE nie uwzględnia tu w ogóle celu redystrybucyjnego tego podatku oraz nie dostrzega, w jaki sposób progresywne stawki podatkowe w omawianym podatku są przydatne dla realizowania jego fiskalnego celu) i finalnie stanowi przejaw nadmiernej ingerencji w autonomię podatkową Polski jako państwa członkowskiego UE[19].

Po drugie, nawet gdyby odrzucić bronioną w niniejszym opracowaniu tezę, iż obie progresywne stawki w polskim podatku od sprzedaży detalicznej stanowią immanentny element systemu odniesienia właściwego dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, to nie ma podstaw, by – tak jak to uznano w decyzji KE – z systemu odniesienia właściwego dla tego podatku wyłączać zarówno jedną, jak też drugą ze wchodzących tutaj w grę progresywnych stawek podatkowych. Należy raczej przyjąć, że w skład owego właściwego systemu odniesienia wchodzi przynajmniej jedna z tych stawek, a mianowicie stawka, która jest najczęściej w Polsce faktycznie stosowana do opodatkowywania przychodów ze sprzedaży detalicznej. W orzecznictwie sądów unijnych oraz w praktyce decyzyjnej KE nieraz już przyjmowano, że system odniesienia właściwy dla danego podatku tworzy przynajmniej jedna z dwóch lub kilku progresywnych stawek podatkowych istniejących w ramach konstrukcji danego podatku, a mianowicie stawka najczęściej w praktyce stosowana, nie zaś sam ten podatek bez żadnych progresywnych stawek podatkowych[20]. Analogicznie, również w decyzji KE należało zbadać lub zażądać od Polski zbadania, która ze stawek polskiego podatku od sprzedaży detalicznej jest w przypadku większości przedsiębiorstw (podatników) stosowana najczęściej, co pozwoliłoby uznać ją za stawkę normalną lub referencyjną. Zaniechując takich działań, KE ułatwiła sobie zadanie i umożliwiła sobie wyciągnięcie zbyt pospiesznego i niezasadnego wniosku, że systemem odniesienia właściwym dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej jest sam ten podatek bez obu progresywnych stawek podatkowych.

Po trzecie, nawet jeżeli w ślad za treścią decyzji KE przyjmiemy, że systemem odniesienia właściwym dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej jest ten podatek bez progresywnych stawek podatkowych, to i tak w ramach konstrukcji prawnej tego podatku nie ma od omawianego systemu odniesienia odstępstw na korzyść określonych przedsiębiorstw, które w świetle zasadniczego celu systemu odniesienia znajdują się w podobnej sytuacji faktycznej i prawnej jak pozostałe przedsiębiorstwa. W szczególności zaś takim naruszającym zasadę równości (a w konsekwencji selektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE) odstępstwem od systemu odniesienia nie są stosowane w ramach polskiego podatku od sprzedaży detalicznej

19 Na temat autonomii podatkowej państw członkowskich UE zob. np. R. Barents, *The Single Market and National Tax Sovereignty* (w:) S.J.J.M. Jansen (red.), *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market: Past and Future*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 51–71; F. Vanistendael, *The European Union* (w:) G. Bizioli, C. Sacchetto (red.), *Tax Aspects of Fiscal Federalism: A Comparative Analysis*, Amsterdam 2011, s. 581–648; M. Isenbaert, *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, Amsterdam 2010, s. 5–227.

20 Wyroki Sądu: z dnia 5 lutego 2015 r. w sprawie T473/12 *Aer Lingus Ltd przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2015:78, pkt 47–64; z dnia 5 lutego 2015 r. w sprawie T-500/12 *Ryanair Ltd przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2015:73, pkt 69–90, a także oceniane w tych wyrokach decyzje KE.

obie progresywne stawki podatkowe. Obie progresywne stawki podatkowe wprowadzają bowiem zróżnicowane obciążenia podatkowe dla takich dwóch kategorii przedsiębiorstw (podatników), które w świetle fiskalnych i redystrybucyjnych celów podatku od sprzedaży detalicznej (będącego w omawianym przypadku systemem odniesienia) znajdują się w odmiennej sytuacji faktycznej i prawnej. Mianowicie przedsiębiorstwa osiągające miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej w przedziale kwot od 17 mln zł do 170 mln zł są przedsiębiorstwami mającymi w danym okresie referencyjnym o wiele mniejszą siłę ekonomiczną i mniejszą zdolność do świadczenia podatkowego niż przedsiębiorstwa osiągające miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej w kwocie powyżej 170 mln zł, przy czym ta różnica w ekonomicznym potencjale obu grup przedsiębiorstw jest wyraźna i dostrzegalna. Ponadto w jeszcze innej sytuacji faktycznej i prawnej znajdują się przedsiębiorstwa, których miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej nie przekraczają kwoty 17 mln zł i które, wskutek nieosiągania progu podstawy opodatkowania, w ogóle nie podlegają opodatkowaniu podatkiem od sprzedaży detalicznej: otóż siła ekonomiczna tych przedsiębiorstw oraz ich zdolność do świadczenia podatkowego są o wiele mniejsze niż obu wcześniej wymienionych grup przedsiębiorstw. Należy przy tym dodać, że przedsiębiorstwa należące do pierwszej z wymienionych wyżej grup, a więc przedsiębiorstwa o największych miesięcznych przychodach ze sprzedaży detalicznej, są w stanie dzięki swojej wielkości uzyskiwać tzw. korzyści skali i zmniejszać (racjonalizować) dzięki temu swoje koszty, zwiększając dodatkowo swoje dochody, czyli czyste zyski (na temat osiągania tych korzyści skali przez dużych sprzedawców detalicznych zob. uwagi w dalszej części niniejszego opracowania). Natomiast takich możliwości w podobnym zakresie nie mają przedsiębiorstwa mniejsze, których miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej nie przekraczają progu kwotowego – 17 mln zł lub 170 mln zł. Dodatkowo uzasadnia to twierdzenie, iż sytuacja faktyczna przedsiębiorstw należących do poszczególnych wskazanych wyżej grup jest dalece zróżnicowana, a nie jednakowa, i w związku z tym przyjęcie dla każdej z tych grup odmiennych reguł opodatkowania podatkiem od sprzedaży detalicznej (wyrażających się w zróżnicowanej stawce podatkowej lub w całkowitym wyjęciu niektórych przedsiębiorstw spod opodatkowania wskutek nieprzekroczenia progu podstawy opodatkowania) nie narusza zasady równości wobec prawa, lecz jest właściwą (sprawiedliwą) reakcją polskiego ustawodawcy na istotne odmienności w ekonomicznej sytuacji oraz w finansowym potencjale tych poszczególnych grup przedsiębiorstw.

Odmienne stanowisko zostało przyjęte w decyzji KE, gdzie stwierdzono, że w świetle fiskalnego celu polskiego podatku od sprzedaży detalicznej (tj. celu polegającego na dążeniu do uzyskiwania wpływów do budżetu państwa) wszystkie podmioty gospodarcze prowadzące sprzedaż detaliczną w Polsce znajdują się w podobnej sytuacji prawnej i faktycznej, niezależnie od rodzaju działalności i wielkości przychodów i że w rezultacie progresywność skali podatkowej przedmiotowego podatku prowadzi do różnego traktowania – w zależności od ich wielkości – przedsiębiorstw prowadzących sprzedaż detaliczną, które w świetle celu tego podatku znajdują się w podobnej sytuacji prawnej i faktycznej. To zaś z kolei pozwoliło KE na wyciągnięcie wniosku o selektywnym charakterze polskiego podatku od sprzedaży detalicznej (pkt 30–33 decyzji KE). W świetle argumentów podniesionych wyżej w niniejszym opracowaniu, takie stanowisko KE jest błędne, przy czym błąd ten bierze się w szczególności z pominięcia redystrybucyjnego celu polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, polegającego na dążeniu do rozłożenia wchodzących tutaj w grę obciążeń podatkowych pomiędzy różne kategorie podatników stosownie do ich zdolności świadczenia, tak aby chronić bazę podatkową i sprawiedliwie rozkładać podatkowe obciążenia według ekonomicznej siły poszczególnych kategorii przedsiębiorstw, mierzonej wielkością ich miesięcznych przychodów ze sprzedaży detalicznej; ów redystrybucyjny cel omawianego podatku jest zresztą ściśle związany z jego celem fiskalnym, gdyż sprawiedliwa redystrybucja podatkowa przyczynia się do efektywniejszego zapewniania wpływów budżetowych. W świetle owego redystrybucyjnego celu polskiego podatku od sprzedaży detalicznej (związanego z jego celem fiskalnym) nie można bynajmniej twierdzić, że wszystkie przedsiębiorstwa prowadzące w Polsce sprzedaż detaliczną, niezależnie od swojej wielkości i wysokości miesięcznych przychodów,

znajdują się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej, a w szczególności, że mają taką samą zdolność świadczenia podatkowego. Brak wzięcia pod uwagę w decyzji KE tego redystrybucyjnego celu polskiego podatku od sprzedaży detalicznej przy ocenianiu charakteru odstępstw od systemu odniesienia właściwego dla tego podatku (tj. odstępstw w postaci progresywnych stawek podatkowych oraz wyłączenia spod opodatkowania przedsiębiorstw nieprzekraczających kwotowego progu podstawy opodatkowania) stanowi kolejny przejaw widocznej w decyzji KE nadmiernej ingerencji w autonomię podatkową Polski jako państwa członkowskiego UE.

Po czwarte, nawet jeżeli przyjmiemy, że system odniesienia właściwy dla polskiego podatku od sprzedaży detalicznej sam tworzy ten podatek bez stawek progresywnych (tak jak to przyjęto w pkt 22–29 decyzji KE), a ponadto jeżeli przyjmiemy, że omawiany podatek dzięki swojej konstrukcji prawnej – tzn. poprzez progresywne stawki podatkowe oraz poprzez wyłączenie spod opodatkowania przedsiębiorstw nieosiągających w danym miesiącu kwotowego progu podstawy opodatkowania – dokonuje odstępstwa od stosowania zasad systemu odniesienia na korzyść określonych przedsiębiorstw, które w świetle zasadniczego celu systemu odniesienia znajdują się w podobnej sytuacji faktycznej i prawnej (tak jak to zinterpretowano w pkt 30–33 decyzji KE), to i tak trzeba uczciwie zauważyć, że stawki progresywne oraz kwotowy próg podstawy opodatkowania jako (różnicujące) odstępstwa od tego systemu odniesienia są uzasadnione (usprawiedliwione) celem redystrybucyjnym polskiego podatku od sprzedaży detalicznej. Ten cel redystrybucyjny polskiego podatku od sprzedaży detalicznej polega na dążeniu do rozłożenia generowanych przez ten podatek obciążeń podatkowych pomiędzy różne kategorie przedsiębiorstw (podatników) stosownie do ich zdolności świadczenia, tak aby chronić bazę podatkową i sprawiedliwie rozkładać podatkowe obciążenia według ekonomicznej siły poszczególnych kategorii przedsiębiorstw, mierzonej wielkością ich miesięcznych przychodów ze sprzedaży detalicznej.

Stawki progresywne oraz kwotowy próg podstawy opodatkowania w polskim podatku od sprzedaży detalicznej jako odstępstwa od tego systemu odniesienia są uzasadnione celem redystrybucyjnym tego podatku.

Dążenie do ukształtowania danego podatku (w tym podatku od sprzedaży detalicznej) w taki sposób, aby rozłożyć generowane przez ten podatek ciężary zgodnie z zasadą zdolności świadczenia podatników, należy do przewodnich zasad polskiego systemu podatkowego i ujawnia się zwłaszcza w podatkach dochodowych i przychodowych[21]. Polski podatek od sprzedaży detalicznej jest podatkiem przychodowym i w jego przypadku – podobnie jak w podatkach dochodowych – polski ustawodawca dąży do tego, by świadczenia podatkowe rozkładały się na zajmujące się sprzedażą detaliczną przedsiębiorstwa relatywnie

21 Jak to ujmuje profesor Ryszard Mastalski: „realizacja opodatkowania według zdolności świadczenia powinna prowadzić do podziału ciężarów podatkowych według indywidualnych możliwości świadczenia, opartych na uwzględnianiu wszystkich jej elementów tak osobowych, jak i przede wszystkim ekonomiczno-finansowych"; zasada ta powinna „decydować o podmiotowym i przedmiotowym zakresie opodatkowania oraz o jego wysokości" – R. Mastalski, *Prawo podatkowe – część ogólna*, Warszawa 1998, s. 4–5.

równo, stosownie do ich indywidualnych możliwości świadczenia. Jest przecież rzeczą niewątpliwą, że sprzedawcy detaliczni osiągający miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej w kwocie wyższej niż 170 mln zł mają nieporównanie większe możliwości ekonomiczno-finansowe uiszczania podatku od sprzedaży detalicznej niż sprzedawcy detaliczni uzyskujący miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej w przedziale kwotowym pomiędzy 17 a 170 mln zł, a z kolei ci ostatni sprzedawcy są ekonomicznie zdolni do świadczenia omawianego podatku w stopniu o wiele większym niż sprzedawcy detaliczni, których miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej nie przekraczają kwotowego progu podstawy opodatkowania w wysokości 17 mln zł.

Wniosek o tego rodzaju progresywnym zróżnicowaniu zdolności świadczenia podatkowego poszczególnych wymienionych wyżej kategorii przedsiębiorstw znajduje swoje dodatkowe potwierdzenie w fakcie, iż przedsiębiorstwa należące do pierwszej z wymienionych wyżej grup, a więc przedsiębiorstwa o największych miesięcznych przychodach ze sprzedaży detalicznej, są w stanie dzięki swojej wielkości uzyskiwać tzw. korzyści skali i dzięki temu zmniejszać koszty, zwiększając dodatkowo swoje dochody, czyli czyste zyski. Ci najwięksi sprzedawcy detaliczni są w stanie odpowiednio optymalizować swoje całkowite koszty (przy czym w tym miejscu chodzi o rzeczywistą optymalizację ekonomiczną, a nie o niedozwolone manipulacje kosztami dla celów oszustw podatkowych), mogą obniżać swoje koszty jednostkowe, a koszty stałe mogą rozkładać na większą liczbę dokonywanych transakcji handlowych, mogą też uzyskiwać większe rabaty od swoich dostawców. Sama zresztą KE w swoich decyzjach wydawanych w sprawach antymonopolowych wielokrotnie stwierdzała, że duzi sprzedawcy zajmujący się handlem detalicznym mają też odpowiednio duże ekonomiczne możliwości optymalizowania (racjonalizowania) swoich kosztów oraz osiągania korzyści skali związanych z wielkością swojej handlowej działalności[22]. Natomiast takich możliwości w podobnym zakresie nie mają przedsiębiorstwa mniejsze, w tym w szczególności te przedsiębiorstwa zajmujące się w Polsce handlem detalicznym, których miesięczne przychody ze sprzedaży detalicznej nie przekraczają progu kwotowego 17 mln zł lub 170 mln zł. Z uwagi na tę zróżnicowaną ekonomiczną siłę i odmienne finansowe możliwości wskazanych wyżej poszczególnych kategorii przedsiębiorstw polski ustawodawca zdecydował się na zastosowanie wobec tych różnych kategorii przedsiębiorstw odmiennych zasad ich opodatkowania podatkiem od sprzedaży detalicznej (wyrażających się w progresywnych stawkach podatkowych oraz w wyłączeniu spod opodatkowania przedsiębiorstw nieosiągających w danym miesiącu kwotowego progu podstawy opodatkowania) i nawet jeżeli te odmienne zasady opodatkowania uznamy za selektywne na pierwszy rzut oka (tak jak to przyjęto w pkt 30–33 decyzji KE, co zresztą jest bardzo kontrowersyjne i wątpliwe), to tego rodzaju odmienności są uzasadnione realizowanymi w tym przypadku przez polskiego ustawodawcę celami redystrybucyjnymi, a więc dążeniem przez niego do repartycji wywoływanych przez ten podatek obciążeń podatkowych pomiędzy różne kategorie przedsiębiorstw (podatników) stosownie do ich zdolności świadczenia, tak aby chronić bazę podatkową i sprawiedliwie rozkładać podatkowe obciążenia według ekonomicznej siły poszczególnych kategorii przedsiębiorstw, mierzonej wielkością ich miesięcznych przychodów ze sprzedaży detalicznej.

W tym kontekście należałoby przypomnieć, że cele redystrybucyjne danego podatku są w zawiadomieniu KE z 2016 r. w sprawie pojęcia pomocy państwa wymieniane wśród tych celów czy też wartości, z powołaniem się na które państwa członkowskie mogą uzasadnić (usprawiedliwić) selektywny na pierwszy rzut oka charakter określonych swoich rozwiązań podatkowych, w tym również progresywne stawki w podatku dochodowym[23]. Co prawda, KE wspomina o możliwości usprawiedliwienia celami redystrybucyj-

22 Zob. np. decyzja KE z dnia 17 grudnia 1975 r. w sprawie IV/26.699 *Chiquita* (Dz.Urz. EWG L 95 z 9.4.1976, s. 1); decyzja KE 2003/2/WE z dnia 21 listopada 2001 r. w sprawie COMP/E-1/37.512 *Vitamins* (Dz.Urz. WE 2003, L 6, s. 1), pkt 713.

23 Zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 139; identycznie KE stwierdza też w pkt 24 swojego obwieszczenia z 1998 r. w sprawie stosowania reguł pomocy publicznej do środków związanych z bezpośrednim opodatkowaniem działalności gospodarczej (Dz.Urz. WE C 384 z 10.12.1998, s. 3–9).

nymi selektywnych rozwiązań – w tym progresywnych stawek podatkowych – stosowanych w podatkach dochodowych, ale tego rodzaju możliwość musi też konsekwentnie istnieć w podatkach przychodowych (takich jak polski podatek od sprzedaży detalicznej), które z punktu widzenia uzależnienia ich skuteczności (efektywności) fiskalnej od zdolności świadczenia poszczególnych podatników są w zasadzie identyczne (a w każdym razie porównywalne) z podatkami dochodowymi. Także bowiem w podatkach przychodowych, a już na pewno w przypadku polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, istotne dla ich efektywności (wydajności) fiskalnej jest to, aby wysokość opodatkowania (uzależniona od wysokości stawek podatkowych oraz od określenia kwotowego progu podstawy opodatkowania) była dostosowana do ekonomicznych możliwości świadczenia poszczególnych podatników i aby ciężary podatkowe generowane przez ten podatek były rozkładane relatywnie równo, powodując sprawiedliwą redystrybucję tych obciążeń (ta sprawiedliwa redystrybucja obciążeń podatkowych ma z jednej strony wymiar idealistyczny i jest wartością samą w sobie, a z drugiej strony służy ona instrumentalnie fiskalnym celom podatku, umożliwiając – poprzez zachowywanie bazy podatkowej – rzeczywistą realizację przez państwo zakładanych wpływów budżetowych z danego podatku). Realizacja przez polskiego ustawodawcę tego rodzaju celu redystrybucyjnego, będącego legitymowanym celem wszystkich podatków dochodowych i przychodowych, jest w świetle pkt 139 zawiadomienia KE z 2016 r. wartością, która należycie uzasadnia selektywne na pierwszy rzut oka rozwiązania prawne zastosowane w polskiej ustawie o podatku od sprzedaży detalicznej (jeżeli za takie selektywne *prima facie* rozwiązania prawne uznamy progresywne stawki podatkowe oraz wyłączenie spod opodatkowania przedsiębiorstw nieosiągających w danym miesiącu kwotowego progu podstawy opodatkowania).

Odmienne stanowisko zostało zajęte w decyzji KE, gdzie stwierdzono, że Polska nie może uzasadnić celem redystrybucyjnym progresywnych stawek podatku od sprzedaży detalicznej, gdyż nie ma konkretnych dowodów wskazujących na to, że przedsiębiorstwa osiągające wyższe przychody ze sprzedaży detalicznej uzyskują jednocześnie większe zyski czy też mają większą wypłacalność (pkt 34–39 decyzji KE). To stanowisko Komisji wyraźnie wszakże ignoruje rzeczywistość ekonomiczną i jest próbą zupełnie karkołomnego przekonywania – wbrew wszelkim prawidłom ekonomii, potwierdzanym przez samą KE w wielu jej decyzjach w sprawach antymonopolowych dotyczących handlu detalicznego – że naprawdę duże przedsiębiorstwa zajmujące się handlem detalicznym i osiągające bardzo wysokie miesięczne przychody z tej działalności nie mają rzekomo możliwości uzyskiwania korzyści skali i nie są jakoby w stanie lepiej rozkładać swoich kosztów stałych oraz obniżać swoich całościowych kosztów. Wynikający z tego stanowiska KE brak jej dozwolenia na wyciągnięcie przez Polskę wszelkich pożądanych i korzystnych dla Polski konsekwencji z możliwości kształtowania polskiego systemu podatkowego (w zakresie podatku od sprzedaży detalicznej) zgodnie z zasadą zdolności świadczenia oraz zgodnie z celami redystrybucyjnymi stanowi przy tym przejaw naruszenia przez KE autonomii podatkowej przysługującej Polsce jako państwu członkowskiemu UE.

Po piąte, nawet jeżeli zgodzimy się, że progresywne stawki podatkowe w podatku od sprzedaży detalicznej oraz wyłączenie spod opodatkowania tym podatkiem przedsiębiorstw nieosiągających w danym miesiącu kwotowego progu podstawy opodatkowania stanowią przejaw rozwiązań prawnych selektywnych *prima facie* (tak jak to przyjęto w pkt 30–33 decyzji KE), to trzeba jednocześnie zauważyć, że tego rodzaju selektywne rozwiązania prawne mogą być przez Polskę uzasadnione potrzebą zwalczania nadużyć finansowych lub oszustw podatkowych, a więc tymi celami, które sama KE uznaje za cele będące w stanie usprawiedliwić środki selektywne *prima facie* i uczynić je środkami nieselektywnymi w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 139). Stawki progresywne liczone od podstawy opodatkowania wyrażanej przychodem ze sprzedaży detalicznej, takie jak występujące w polskim podatku od sprzedaży detalicznej, umożliwiają zwalczanie nadużyć finansowych lub oszustw podatkowych z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze, przy zastosowaniu takich stawek bardzo łatwo jest obliczyć wysokość podatku należnego od każdego poszczególnego przedsiębiorstwa zajmującego się handlem detalicznym, gdyż wystarczy wówczas przemnożyć wysokość

osiągniętych miesięcznie przychodów ze sprzedaży detalicznej przez wysokość stawki podatkowej i nie ma już wtedy konieczności pomniejszania przychodów o koszty działalności danego przedsiębiorstwa, co zawsze jest operacją skomplikowaną i dającą pole do rozmaitych nadużyć. Przy stawce podatkowej liczonej od przychodu zamyka się przedsiębiorstwom możliwość przeprowadzania rozmaitych niedozwolonych optymalizacji podatkowych i wykazywania sztucznych lub zawyżonych kosztów. Po drugie, zastosowanie wyższej progresywnej stawki podatkowej od przychodów osiąganych ze sprzedaży detalicznej przez przedsiębiorstwa mające miesięcznie przychody ze sprzedaży detalicznej wyższe niż 170 mln zł dotyka przedsiębiorstw handlu detalicznego będących przedsiębiorstwami dużymi i o silnej ekonomicznej pozycji, które najczęściej pozostają w rozbudowanych powiązaniach kapitałowych z innymi przedsiębiorstwami. Dla takich właśnie przedsiębiorstw jest rzeczą stosunkowo prostą sztuczne zawyżanie swoich kosztów poprzez stosowanie odpowiednio wyższych tzw. cen transferowych lub poprzez inne wewnętrzne transfery w ramach tworzonych przez nie grup przedsiębiorstw, co jest z kolei ukierunkowane na unikanie przez te przedsiębiorstwa opodatkowania dochodów rzeczywiście osiąganych. Gdyby, hipotetycznie, tego rodzaju duże przedsiębiorstwa zajmujące się handlem detalicznym, pozostające najczęściej w rozbudowanych powiązaniach w obrębie grup kapitałowych, były w ramach podatku od sprzedaży detalicznej opodatkowane stawką podatkową obliczaną od ich dochodu (a nie od przychodu): czy to stawką liniową od dochodu, czy też stawką progresywną od dochodu, to wówczas byłoby im bardzo łatwo sztucznie zaniżać wysokość swoich dochodów, a tym samym zaniżać wysokość należnego od nich podatku, poprzez oszukańcze lub agresywne zawyżanie swoich kosztów. Zastosowanie zaś wobec tych przedsiębiorstw progresywnych stawek podatkowych obliczanych od ich przychodów, tak jak to uczyniono w polskim podatku od sprzedaży detalicznej, w praktyce uniemożliwia im przeprowadzanie tego rodzaju manipulacyjnych operacji, ukierunkowanych na unikanie opodatkowania tym podatkiem.

W decyzji KE nie zgodzono się z takim uzasadnieniem omawianych tutaj elementów konstrukcji polskiego podatku od sprzedaży detalicznej i stwierdzono, że „[w]ładze polskie nie przedstawiły (…) żadnych szczegółowych argumentów na temat rzekomych strategii optymalizacyjnych stosowanych przez większe lub wielonarodowe korporacje, ani powiązania między takim rzekomym postępowaniem a strukturą podatku" (pkt 38 decyzji KE). Jednakże KE pomija w tym przypadku okoliczność, że gdy w swoim orzecznictwie TSUE dozwala państwom członkowskim na stosowanie określonych stawek podatkowych różnicujących w pewien sposób podatników, a uzasadnionych koniecznością zwalczania unikania opodatkowania oraz przeciwdziałania manipulacyjnym zachowaniom podatników ukierunkowanym na zmniejszenie lub uniknięcie podatku, nie wymaga on wcale od państw członkowskich przedkładania jakichś specjalnych dowodów lub argumentów świadczących o fakcie dokonywania lub o rozmiarach podatkowo-optymalizacyjnych strategii przedsiębiorstw. Trybunał zadowala się raczej w takich przypadkach uzasadnieniem państwa członkowskiego wskazującym po prostu na możliwość lub na ryzyko dokonywania przez przedsiębiorstwa manipulacji podatkowych, co stanowi dla TSUE wystarczające usprawiedliwienie stosowania przez państwo członkowskie określonych środków zaradczych, mających przy tym charakter *prima facie* selektywny[24]. Tak więc wprowadzenie wyższej progresywnej stawki podatkowej dla pewnej kategorii podatników nie jest selektywne w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, jeżeli służy przeciwdziałaniu pewnym manipulacjom dokonywanym przez tych podatników w celu uniknięcia płacenia (wyższych) podatków, co zakłóca normalną konkurencję na rynku. Trybunał nie wymaga tu przy tym dowodów na rzeczywiste praktyki takiego unikania opodatkowania, lecz wystarcza mu fakt, że pewni podatnicy mogliby się tak zachowywać[25]. W powołanym już pkt 38 decyzji KE nie uwzględniono tej zasygnalizowanej wyżej okoliczności.

24 Zob. np. wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-308/01 *GIL Insurance Ltd, UK Consumer Electronics Ltd, Consumer Electronics Insurance Co. Ltd, Direct Vision Rentals Ltd, Homecare Insurance Ltd, Pinnacle Insurance plc przeciwko Commissioners of Customs and Excise*, ECLI:EU:C:2004:252, pkt 70–78.

25 Tamże.

Ponadto trzeba pamiętać, że omawiane tutaj manipulacyjne (optymalizacyjne) strategie na podatkach (dochodowych) stosowane przez przedsiębiorstwa pozostające ze sobą w powiązaniach kapitałowych, w tym zwłaszcza przez przedsiębiorstwa wchodzące w skład międzynarodowych grup kapitałowych, nie są bynajmniej czymś „rzekomym" (jak to określono w pkt 38 decyzji KE), lecz stanowią element rzeczywistości ekonomicznej Unii Europejskiej, o czym KE skądinąd bardzo dobrze wie i czego jest w pełni świadoma. Okoliczność, iż międzynarodowe grupy kapitałowe, w tym działające w sektorze handlu detalicznego, są skłonne do działań polegających na omijaniu prawa podatkowego i stosują agresywne strategie podatkowe skutkujące zmniejszaniem należnego opodatkowania, jest w pełni zauważana przez KE w rozmaitych jej oficjalnych dokumentach, w których Komisja proponuje rozmaite środki zaradcze mające temu zjawisku przeciwdziałać[26]. W tym sensie aprioryczne zdyskwalifikowanie w pkt 38 decyzji KE argumentu strony polskiej o uzasadnieniu progresywnych stawek podatkowych liczonych od przychodu podatnika koniecznością zwalczania nadużyć finansowych lub oszustw podatkowych, i to zdyskwalifikowanie tego argumentu bez żadnych dalszych szczegółowych wyjaśnień, stanowi przejaw arbitralnego lekceważenia notoryjnych faktów znanych KE z urzędu, jest sprzeczne z pkt 139 zawiadomienia KE z 2016 r., a ponadto narusza – po raz kolejny w decyzji KE – autonomię podatkową przysługującą Polsce jako państwu członkowskiemu UE. W świetle wspomnianej autonomii podatkowej państwom członkowskim jest dozwolone m.in. realizowanie legitymizowanego celu w postaci tworzenia warunków dla zapewniania uczciwości w realizowaniu zobowiązań podatkowych. Decyzja KE uniemożliwia Polsce realizację tego celu.

Po szóste, zakładając, że progresywne stawki podatkowe w podatku od sprzedaży detalicznej oraz wyłączenie spod opodatkowania omawianym podatkiem przedsiębiorstw nieosiągających w danym miesiącu kwotowego progu podstawy opodatkowania są rozwiązaniami prawnymi selektywnymi *prima facie* (tak jak to przyjęto w pkt 30–33 decyzji KE), rozwiązania te mogą zostać uzasadnione określonymi negatywnymi efektami zewnętrznymi, które wywołuje działalność objęta przedmiotowym podatkiem, czyli działalność w zakresie handlu detalicznego. W swojej praktyce decyzyjnej KE uznaje, że negatywne efekty zewnętrzne mogą uzasadniać zastosowanie przez państwo członkowskie progresywnej stawki podatkowej w podatku przychodowym (obrotowym), jeżeli dany podatek jest odpowiedzią czy też wręcz w swoim założeniu środkiem zaradczym na wspomniane negatywne efekty zewnętrzne i jeżeli przy tym zakres (rozmiar) tych negatywnych efektów zewnętrznych wzrasta wraz ze zwiększaniem się przychodów i rozmiarów wchodzącej w grę (opodatkowanej) działalności[27]. Można przyjąć, że w przypadku polskiego podatku od sprzedaży detalicznej powyższe przesłanki uzasadniające są spełnione. Możliwe jest więc podniesienie przez stronę polską argumentu, że wyższe stawki podatkowe stosowane wobec sprzedawców detalicznych osiągających wyższe przychody są uzasadnione o wiele większą skalą potencjalnie negatywnych efektów wywoływanych działalnością prowadzoną przez takie podmioty, a mianowicie efektów społecznych (np. w postaci niepożądanych naruszeń bhp lub należnego pracownikom wypoczynku niedzielnego), ekonomicznych (np. w postaci niedozwolonych naruszeń prawa konkurencji) oraz ekologicznych (np. większa produkcja odpadów, większe zużycie energii).

Po siódme, należy uznać, że zarówno progresywne stawki podatkowe, jak też kwotowy próg podstawy

26 Zob. np. wniosek Komisji z dnia 18 marca 2015 r. w sprawie dyrektywy Rady zmieniającej dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania, COM(2015) 135 final; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 marca 2015 r. w sprawie przejrzystości podatkowej w celu zwalczania uchylania się od opodatkowania i unikania opodatkowania, COM(2015) 136 final; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2016 r. – Pakiet środków przeciwdziałających unikaniu opodatkowania: kolejne kroki na drodze do zapewnienia skutecznego opodatkowania i zwiększenia przejrzystości podatkowej w UE, COM(2016) 23 final; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2016 r. w sprawie dalszych środków na rzecz zwiększenia przejrzystości oraz przeciwdziałania uchylaniu się od opodatkowania i unikaniu opodatkowania, COM(2016) 451 final.

27 Decyzja KE z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie Pomoc państwa SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) – Węgry – Podatek od reklam (Dz.Urz. UE C 136 z 24.4.2015, s. 7), pkt 37; pkt 38 decyzji KE.

opodatkowania polskim podatkiem od sprzedaży detalicznej, traktowane w decyzji KE jako różnicujące odstępstwa od systemu odniesienia właściwego dla tego podatku, są w pełni proporcjonalne, w tym przede wszystkim konieczne, względem podnoszonych przez stronę polską wartości uzasadniających selektywność *prima facie* polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, takich jak: cel redystrybucyjny tego podatku związany z koniecznością dostosowania jego wysokości do zdolności świadczenia poszczególnych przedsiębiorstw oraz konieczność zwalczania nadużyć finansowych lub oszustw podatkowych. Wymóg zachowania tego rodzaju proporcjonalności jest warunkiem, który musi być bezwzględnie spełniony, aby dany *prima facie* selektywny krajowy środek podatkowy mógł zostać finalnie uznany za nieselektywny w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[28].

Bliższa analiza progresywnych stawek podatkowych oraz kwotowego progu podstawy opodatkowania w polskim podatku od sprzedaży detalicznej prowadzi do wniosku, że oba te elementy są w pełni proporcjonalne względem powodów (wartości) uzasadniających selektywność *prima facie* polskiego podatku od sprzedaży detalicznej. W tym kontekście warto w szczególności zauważyć, że o proporcjonalności progresywnych stawek podatkowych w polskim podatku od sprzedaży detalicznej przesądza to, iż są one w swoich skutkach bardzo względne i przyjazne dla opodatkowanych przedsiębiorstw i nie powodują dla nich nadmiernych czy też zbyt drastycznych obciążeń podatkowych. O takiej właśnie kwalifikacji i o takiej ocenie progresywnych stawek w polskim podatku od sprzedaży detalicznej przesądzają następujące okoliczności: 1) wysokość tych stawek nie jest zbyt wysoka czy też wygórowana, zwłaszcza jeżeli się ją porówna z wysokością stawek stosowanych w analogicznych podatkach obowiązujących w niektórych innych państwach członkowskich UE; 2) progresja tych stawek ma charakter szczeb-

Progresywne stawki podatkowe oraz kwotowy próg podstawy opodatkowania polskim podatkiem od sprzedaży detalicznej są w pełni proporcjonalne względem podnoszonych przez stronę polską wartości uzasadniających selektywność *prima facie* polskiego podatku od sprzedaży detalicznej, takich jak: cel redystrybucyjny tego podatku związany z koniecznością dostosowania jego wysokości do zdolności świadczenia poszczególnych przedsiębiorstw oraz konieczność zwalczania nadużyć finansowych lub oszustw podatkowych.

28 Wyroki TSUE: cyt. wyżej *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550, pkt 75; cyt. wyżej *Heitkamp BauHolding GmbH przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2016:60, pkt 160; zawiadomienie KE z 2016 r., pkt 140.

lowy, a nie globalny, co oznacza, że stawką wyższą (1,4%) opodatkowane są jedynie przychody danego podatnika w części, w jakiej przekraczają one kwotę 170 mln zł, a więc tą wyższą stawką ani nie są opodatkowane wszystkie przychody danego podatnika, ani też nawet nie są nią opodatkowane wszystkie przychody danego podatnika przekraczające kwotowy próg podstawy opodatkowania (oznacza to, że przychody danego podatnika ze sprzedaży detalicznej w przedziale kwotowym pomiędzy 17 mln zł a 170 mln zł podlegają opodatkowaniu stawką 0,8%, nawet jeżeli przychody danego podatnika w referencyjnym okresie podatkowym przekraczają kwotę 170 mln zł); 3) progresywne stawki w omawianym tutaj podatku są stosunkowo płaskie (nie zaś strome), tzn. przejście z jednej stawki do drugiej nie jest wcale gwałtowne ani radykalne, gdyż stawka wyższa pozostaje w relacji do stawki niższej w stosunku wynoszącym jedynie 1,75; 4) rozliczenia z urzędem skarbowym z tytułu podatku od sprzedaży detalicznej następują w okresach miesięcznych, a więc w okresach stosunkowo krótkich. W ramach takich krótkich okresów rozliczeniowych może się zdarzyć, że okazjonalnie nawet mniejsze przedsiębiorstwo handlu detalicznego przekroczy niekiedy próg 170 mln zł przychodu i zostanie wówczas w tym zakresie opodatkowane wyższą stawką podatkową; w tak krótkim okresie rozliczeniowym może się też zdarzyć, że nawet bardzo duże przedsiębiorstwo handlu detalicznego w którymś z referencyjnych okresów rozliczeniowych nie przekroczy progu 170 mln zł przychodu i nie zostanie wówczas opodatkowane wyższą stawką podatkową, lecz zostanie opodatkowane stawką niższą lub wręcz w ogóle nie zapłaci podatku wskutek nieprzekroczenia kwotowego progu podstawy opodatkowania. W takim układzie te miesięczne (a nie np. kwartalne lub roczne) okresy rozliczeniowe w polskim podatku od sprzedaży detalicznej przyczyniają się w dłuższym okresie do wyrównywania (niwelowania) różnic pomiędzy większymi i mniejszymi przedsiębiorstwami handlu detalicznego. To zaś z kolei świadczy nie tylko o dużej względności (łagodności) i proporcjonalności konstrukcji progresywnych stawek podatkowych w polskim podatku od sprzedaży detalicznej, ale jednocześnie jest okolicznością przeczącą jednoznacznym stwierdzeniom KE, iż progresywne stawki podatkowe w tym polskim podatku bardzo mocno różnicują poszczególne kategorie podatników (tzn. duże i małe przedsiębiorstwa handlu detalicznego) i że w związku z tym te progresywne stawki podatkowe mają charakter selektywny w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (pkt 29, 32 i 37 decyzji KE). Tego rodzaju jednoznaczne stwierdzenia KE są nietrafne właśnie m.in. z uwagi na zastosowanie przez polskiego ustawodawcę w podatku od sprzedaży detalicznej miesięcznego (a nie znacznie dłuższego) okresu rozliczeniowego; 5) każda z progresywnych stawek podatkowych w polskim podatku od sprzedaży detalicznej jest stosowana do podstawy opodatkowania obejmującej przychód ze sprzedaży detalicznej jedynie pojedynczego przedsiębiorstwa (pojedynczego podatnika), bez doliczania do tej podstawy opodatkowania przychodów osiągniętych przez inne przedsiębiorstwa pozostające z danym podatnikiem w powiązaniach kapitałowych lub franczyzowych. Jest to ponownie okoliczność, która nie tylko świadczy o proporcjonalności konstrukcji prawnej progresywnych stawek podatkowych w omawianym podatku, ale która jest jednocześnie przejawem tego, że duże przedsiębiorstwa handlu detalicznego, osiągające zazwyczaj wysokie przychody i powiązane kapitałowo lub franczyzowo z innymi dużymi sprzedawcami detalicznymi, nie są dzięki tej konstrukcji prawnej dodatkowo obciążone, lecz uzyskują przez to swoistą korzyść podatkową. W określony sposób łagodzi to lub niweluje obciążenie podatkiem od sprzedaży detalicznej spoczywające na dużych przedsiębiorstwach handlu detalicznego i w pewnym zakresie wyrównuje ich sytuację w stosunku do mniejszych przedsiębiorstw handlu detalicznego[29]. Okoliczność ta przeczy jednoznacznym stwierdzeniom KE o bardzo mocnym różnicowaniu sytuacji poszczególnych kategorii podatników (tzn. dużych i małych przedsiębiorstw handlu detalicznego) przez polski podatek od sprzedaży detalicznej (pkt 29, 32 i 37 decyzji KE).

Ostatecznie więc należałoby stwierdzić, iż wbrew stanowisku zawartemu w decyzji KE konstrukcja

29 Jest to przy tym rozwiązanie inne niż zastosowano np. w przepisach węgierskiej ustawy o podatku od obrotu handlu detalicznego w sklepach – zob. treść odnośnych rozwiązań węgierskich przywołaną w wyroku TSUE z dnia 5 lutego 2014 r. w sprawie C385/12, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, ECLI:EU:C:2014:47, pkt 3–11.

prawna polskiego podatku od sprzedaży detalicznej jest taka, iż podatek ten (nawet uwzględniając występujące w jego ramach progresywne stawki podatkowe oraz wyłączenie spod opodatkowania tym podatkiem przychodów w wysokości niższej niż kwotowy próg podstawy opodatkowania) jest środkiem nieselektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, a więc nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu tego ostatniego przepisu. Polska zaprojektowała (skonstruowała) podatek od sprzedaży detalicznej w taki, a nie inny sposób, aby osiągnąć określony cel fiskalny oraz by jednocześnie przeprowadzić redystrybucję przychodów (i dochodów) przedsiębiorstw (co notabene także służy pośrednio celom fiskalnym tego polskiego podatku) i aby zrealizować przez to legitymowane cele (zasady) krajowego systemu podatkowego, co przecież mieści się w zakresie autonomii podatkowej państw członkowskich UE. Polska uczyniła to przy tym w sposób w pełni respektujący zasadę proporcjonalności.

W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej KE nie kwestionowała generalnie progresji podatkowej w podatkach dochodowych i przychodowych jako naruszającej art. 107 ust. 1 TFUE. Uczyniła to dopiero wobec Polski, a nieco wcześniej wobec Węgier.

4. Uwagi podsumowujące i rekomendacje w kwestii przyszłej praktyki decyzyjnej KE w zakresie kwalifikowania podatków od sprzedaży detalicznej lub podobnych opłat jako środków o charakterze selektywnym w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE

W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej KE nie kwestionowała generalnie progresji podatkowej w podatkach dochodowych i przychodowych jako naruszającej art. 107 ust. 1 TFUE. Uczyniła to dopiero wobec Polski, a nieco wcześniej wobec Węgier w sprawie analogicznego podatku od sprzedaży detalicznej oraz w sprawie innych jeszcze podobnych publicznoprawnych opłat węgierskich, uznanych przez KE jako środki selektywne w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[30] (aczkolwiek stan faktyczny i prawny tych spraw węgierskich różni się w kilku istotnych punktach od sprawy polskiego podatku od sprzedaży detalicznej). Widoczna w sprawach węgierskich oraz w sprawie polskiej nowa tendencja KE do kwestionowania progresji podatkowej jako z gruntu niezgodnej z art. 107 ust. 1 TFUE budzi duże zdumienie i zasługuje na daleko idącą krytykę. Komisja Europejska musi szanować autonomię podatkową państw członkowskich i w związku z tym nie może ona traktować każdej progresji podatkowej w krajowym podatku jako środka selektywnego w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Komisja powinna być więc odpowiednio wyrozumiała dla państw członkowskich podczas oceniania, czy zastosowana przez te państwa progresja podatkowa: 1) powinna być kwalifikowana (zaliczana) jako element systemu odniesienia właściwego dla danego podatku; 2) stanowi odstępstwo od zasady równości podatników; 3) jest uzasadniona i proporcjonalna.

30 Zob. decyzja KE z dnia 15 lipca 2015 r. w sprawie Pomoc państwa SA.40018 (2015/C) – Poprawka z 2014 r. w węgierskiej opłacie z tytułu kontroli łańcucha żywnościowego (Dz.Urz. UE C 277 z 21.8.2015, s. 12); decyzja KE z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie Pomoc państwa SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) – Węgry – Podatek od reklam, cyt. wyżej; decyzja KE z dnia 15 lipca 2015 r. w sprawie Pomoc państwa SA.41187 (2015/NN) – Węgry – Składka na cele zdrowotne wnoszona przez sektor tytoniowy (Dz.Urz. UE C 277 z 21.8. 2015, s. 24).

Tymczasem w ramach tej swojej nowej praktyki decyzyjnej, we wszystkich tych przypadkach, w których analizuje trzy wspomniane wyżej zagadnienia (kwestie) związane z progresją podatkową, KE nie tylko nie jest w żaden sposób wyrozumiała lub responsywna wobec Polski i Węgier, ale z góry przyjmuje możliwie najbardziej niekorzystne dla tych państw członkowskich stanowisko. To zaś *de facto* narusza autonomię podatkową tych państw i nie pozwala im prowadzić własnych polityk gospodarczych i podatkowych, motywowanych przecież wcale nie chęcią dyskryminacji lub uprzywilejowania któregokolwiek z opodatkowanych przedsiębiorstw lub ich grup, ale chęcią realizowania uzasadnionych celów fiskalnych, redystrybucyjnych oraz związanych ze zwalczaniem nieuczciwości podatkowej. Kwestionowanie przez KE dopuszczalności realizowania przez państwa członkowskie tych ostatnio wymienionych celów podważa zaufanie do KE jako do strażniczki wspólnych wartości w ramach UE oraz osłabia legitymizację tej instytucji potrzebną jej do skutecznego zwalczania rzeczywiście niepożądanych zjawisk w dziedzinie opodatkowania przedsiębiorstw.

Niniejszy artykuł powstał na bazie stosownej opinii prawnej sporządzonej przez autora dla Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP w związku z działaniami podjętymi przez Komisję Europejską wobec Polski za wprowadzenie podatku od sprzedaży detalicznej.

Bibliografia

Barents R., *The Single Market and National Tax Sovereignty* (w:) S.J.J.M. Jansen (red.), *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market: Past and Future*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 51–71.

Dudzik S., *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002.

Hancher L., Ottervanger T., Slot P.J., *EU State Aids*, London 2012.

Isenbaert M., *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, Amsterdam 2010.

Mastalski R., *Prawo podatkowe – część ogólna*, Warszawa 1998.

Nykiel A., *Pojęcie pomocy państwa w świetle prawa Unii Europejskiej* (w:) C. Mik (red.), *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002, s. 193–213.

Plender R., *Definition of Aid* (w:) A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn (red.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford 2004, s. 3–40.

Szydło M., *Pojęcie pomocy państwa w prawie wspólnotowym*, „Studia Europejskie" 2002, nr 4, s. 33–54.

Vanistendael F., *The European Union* (w:) G. Bizioli, C. Sacchetto (red.), *Tax Aspects of Fiscal Federalism: A Comparative Analysis*, Amsterdam 2011, s. 581–648.

Orzecznictwo sądów unijnych

Wyrok TSUE (piąta izba) z dnia 8 listopada 2001 r. w sprawie C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH przeciwko Finanzlandesdirektion für Kärnten*, ECLI:EU:C:2001:598.

Wyrok TSUE z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-308/01 *GIL Insurance Ltd, UK Consumer Electronics Ltd, Consumer Electronics Insurance Co. Ltd, Direct Vision Rentals Ltd, Homecare Insurance Ltd, Pinnacle Insurance plc przeciwko Commissioners of Customs and Excise*, ECLI:EU:C:2004:252.

Wyrok TSUE z dnia 1 lipca 2006 r. w sprawie C88/0, *Portugalia przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2006:511.

Wyrok TSUE z dnia 8 września 2011 r. w sprawach połączonych od C78/08 do 80/08 *Paint Graphos i inni*, ECLI:EU:C:2011:550.

Wyrok TSUE (pierwsza izba w składzie powiększonym) z dnia 7 marca 2012 r. w sprawie T210/02 RENV *British Aggregates Association przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2012:110.

Wyrok TSUE (piąta izba) z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C6/12 *P Oy*, ECLI:EU:C:2013:525.

Wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 5 lutego 2014 r. w sprawie C385/12 *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, ECLI:EU:C:2014:47.

Wyrok TSUE (dziewiąta izba) z dnia 5 lutego 2015 r. w sprawie T-500/12 *Ryanair Ltd przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2015:73.

Wyrok Sądu z dnia 5 lutego 2015 r. w sprawie T473/12 *Aer Lingus Ltd przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2015:78.

Wyrok Sądu z dnia 4 lutego 2016 r. w sprawie T287/11 *Heitkamp BauHolding GmbH przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2016:60.

Radosław Zyzik

Czy Leon Petrażycki był prekursorem behawioralnej ekonomicznej analizy prawa?

Radosław Zyzik

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk o Polityce i Administracji Akademii Ignatianum w Krakowie. W pracy badawczej koncentruje się na zagadnieniach związanych z behawioralną ekonomiczną analizą prawa, polityką prawa, neuroprawem, ekonomią behawioralną i teorią prawa.

✉ *radoslaw.zyzik@ignatianum.edu.pl*

Did Petrażycki Set the Foundations of Behavioral Economics Analysis of Law?

The goal of the paper is to illustrate how the scientific legal policy developed by Leon Petrażycki can be used in order to discuss and modify the methodology of behavioral analysis of law. The author will compare the goals of Petrażycki's scientific legal policy with those of behavioral analysis of law. Arguably, Petrażycki proposed a more sophisticated and accurate concept of legal policy, as well as a more precise description of its aims than behavioral analysis of law. The Petrażycki's theory enables us to propose general goals for behavioral analysis and, at the same time, make the method more effective and dependent on a given social, legal and cultural environment.

Fundamentem ekonomii politycznej i, bardziej ogólnie, każdej nauki społecznej jest w oczywisty sposób psychologia. Nadejdzie taki dzień, kiedy będziemy mogli wywnioskować prawa nauk społecznych z zasad psychologii[1].

Vilfredo Pareto (1903)

Prawo jest psychicznym czynnikiem życia społecznego i działa psychicznie[2].

Leon Petrażycki (1925)

Prawo nigdy tak bardzo nie polegało na psychologii, jak ma to miejsce dziś[3].

Jeffery J. Rachlinski (2011)

1 V. Pareto, *Manual of Political Economy: A Variorum Translation and Critical Edition*, Oxford 2014, s. 20, motto przeł. R. Zyzik.

2 L. Petrażycki, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego*, Warszawa 1925, s. 21.

3 J.J. Rachlinski, *The Psychological Foundations of Behavioral Law and*

1. Wprowadzenie

Leon Petrażycki może być uznany za prekursora behawioralnej ekonomicznej analizy prawa drugiej generacji. Jego poglądy na rolę psychologii w naukach prawnych, przeświadczenie o wpływie reguł prawnych na proces decyzyjny adresatów norm prawnych, a także przekonanie, że prawo można badać jako fakt empiryczny przy użyciu dostępnych, najlepszych w danym momencie narzędzi naukowych, sprawiają, że jego program badawczy, czyli „naukowa polityka prawa", jest zaskakująco podobny do prac psychologów, prawników i ekonomistów identyfikujących się z ruchem behawioralnej ekonomicznej analizy prawa. Co więcej, wydaje się, że Petrażycki może być dziś postrzegany jako prekursor bardziej dojrzałej analizy behawioralnej między innymi z powodu jego przekonania o zależności systemów prawnych (a w gruncie rzeczy i psychologii) od czynników kulturowych, które warunkują skuteczność konkretnych regulacji[4].

2. Naukowa polityka prawa

Naukowa polityka prawa to szeroko zakrojony program badawczy, z którego wynikała konieczność przeprowadzenia nowych badań w logice, psychologii, socjologii, filozofii i naukach prawnych, ponieważ żadna z tych dyscyplin nie była – zgodnie z wymaganiami polskiego filozofa i socjologa prawa – naukowa. Niemniej, podejmując się rekonstrukcji cech charakterystycznych polityki prawa Petrażyckiego, napotyka się na przeszkodę. Zarysował on ogólne zręby tej nowej dyscypliny nauk prawnych w książce *Wstęp do nauki polityki prawa*, która w oryginale ukazała się w 1897 roku[5]. Jednakże Petrażycki naszkicował wówczas jedynie „mapę drogową", a dopiero później rozpoczął systematyczne studia nad psychologią, socjologią, filozofią i prawem. Nie mając jednak innego kompletnego opracowania koncepcji polityki prawa z lat późniejszych, wypada przedstawić pierwotne założenia, tak jak przedstawił je ich autor. Polityka prawa opierać się miała na czterech tezach: 1) o ideale społecznym, 2) o postępie etycznym, 3) o edukacyjnej roli prawa, 4) o psychologii prawnej.

Zgodnie z pierwszą tezą celem prawa jest osiągnięcie ideału społecznego, który nazwał Petrażycki, nieco górnolotnie, ideałem miłości. Osiągnięcie tego celu ma przebiegać ewolucyjnie, ale w sposób kontrolowany. Nie należy się zastanawiać, dlaczego akurat miłość jest ideałem społecznym, w kierunku którego kierować nas mają przepisy prawa[6], ponieważ ideał miłości jest aksjomatem rozumu praktycznego. Nie wymaga on dowodu, tak samo jak dowodu nie wymaga twierdzenie, że miłość jest najwyższym dobrem. Petrażycki myślał o ideale miłości jako o sytuacji, w której nie ma ani prawa, ani moralności, ponieważ dominującym wzorcem zachowań są zachowania altruistyczne[7]. Rolą prawodawców, a tym samym celem reguł prawnych jest celowe przyśpieszanie rozwoju etycznego społeczeństw i promowanie „najwyższej, racjonalnej etyki między ludźmi"[8]. Już na pierwszy rzut oka pojawia się pytanie o możliwość praktycznej realizacji takiego ideału. Andrzej Kojder nazwał Petrażyckiego „Wielkim Romantykiem", ponieważ nie wierzył, podobnie zapewne jak sam Petrażycki, by osiągnięcie takiego stanu mogło nastąpić w możliwej do przewidzenia przyszłości[9].

Ideał miłości ma zastosowanie praktyczne, ponieważ powinien służyć jako narzędzie pozwalające na zidentyfikowanie dominujących poglądów etycznych w społeczeństwie, a tym samym może pomóc w odpowiedniej selekcji aktów prawnych, tak by były one właściwe dla aktualnego poziomu rozwoju etycznego społeczeństwa. Nawet gdyby zgodzić się z powyższymi twierdzeniami, to rodzi się pytanie, w jaki sposób ustawodawca może zmienić poglądy etyczne całego społeczeństwa. Jak zachęcić obywateli do zachowań opartych na altruizmie?

Economics, „University of Illinois Law Review" 2011, nr 5, s. 1675, motto przeł. R. Zyzik.

4 L. Petrażycki, *O dopełniających prądach kulturalnych i prawach rozwoju handlu*, Warszawa 1936.

5 L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.

6 Tamże, s. 25.

7 A. Habrat, *Ideał człowieka i społeczeństwa w teorii Leona Petrażyckiego*, Rzeszów 2006, s. 11–18; H. Leszczyna, *Petrażycki*, Warszawa 1974, s. 69–90; K. Motyka, *Optymizm Petrażyckiego*, „Kamena" 1981, nr 11, s. 9.

8 R. Zyzik, *Ideał społeczny w polityce prawa. Perspektywa ewolucyjna*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej" 2015, nr 60, s. 175–188.

9 A. Kojder, *Godność i siła prawa: szkice socjologicznoprawne*, Warszawa 1995, s. 123.

Teza o ideale społecznym zakłada, że jakaś forma ewolucji etycznej społeczeństwa i całej ludzkości jest możliwa i ma miejsce. Prawdę mówiąc, to teza ta ma sens jedynie wtedy, gdy ewolucja etyczna już trwa. Petrażycki poszukiwał dowodów na istnienie owej ewolucji, ale swoje poszukiwania prowadził przy użyciu metod, które były dostępne pod koniec wieku dziewiętnastego. Przedmiotem tych poszukiwań były systemy prawne poprzednich epok, w szczególności prawo rzymskie. Jako prawnik i filozof uważał, że studia historycznoprawne nad zmianami systemów prawnych od starożytności aż do początków wieku dwudziestego umożliwią mu zidentyfikowanie ewolucji etycznej, a tym samym pozwolą określić, na jakim jej etapie znajdują się poszczególne społeczeństwa[10].

Teza o ewolucji etycznej i teza o postępie etycznym są ze sobą wzajemnie powiązane. Pierwsza z nich zakłada istnienie ewolucji wartości i zachowań oraz możliwości jej przyśpieszenia dzięki wykorzystaniu na szeroką skalę odpowiedniej prawnej motywacji. Druga – że owa ewolucja zmierza w kierunku ideału miłości, czyli stanu, w którym zachowania egoistyczne stanowią margines, a prawo i moralność nie są już potrzebne. Jednak zanim ideał miłości zostanie osiągnięty, może – zdaniem Petrażyckiego – posłużyć jako obiektywne kryterium oceny norm prawa, rozumianych jako bodźce wpływające na zachowania obywateli w sposób, który z jednej strony jest zgodny z poziomem etycznym społeczeństwa, a z drugiej zbliża je do osiągnięcia ideału miłości. Stawiając te dwie tezy, uczony zidentyfikował cel prawa, a także wskazał mechanizm, dzięki któremu można próbować ów cel osiągnąć. Te dwie tezy mogą być – zdaniem ich autora – potwierdzone empirycznie.

Trzecia teza naukowej polityki prawa akcentuje edukacyjną rolę prawa. Prawo jako narzędzie o bezprecedensowej sile oddziaływania na psychikę milionów ludzi – wpływa skutecznie na etyczny rozwój społeczeństw[11]. Jeśli prawodawca próbuje stanowić prawo niezgodne z wartościami podzielanymi przez większość społeczeństwa, wtedy na pewno nie będzie w stanie osiągnąć zamierzonych celów i zapewnić, by takie prawo było właściwie stosowane i przestrzegane. Petrażycki zakładał, ze ewolucja od egoizmu do altruizmu, od nienawiści do miłości, od nieufności do zaufania jest realna i stała, ale jak każdy ewolucyjny proces – powolna, pełna błędów, ślepych uliczek, a czasami nawet kroków w tył. Niemniej może być „poprawiona", jeśli prawodawcy będą tworzyli prawo zgodnie z wymogami naukowej polityki prawa. Tylko wtedy prawo będzie narzędziem świadomej edukacji etycznej społeczeństwa, tylko wtedy uda się przyśpieszyć rozwój etyczny jego członków, a nawyki pożądanych zachowań uda się wypracować. Jednak w tym celu prawodawca powinien być świadomy, jakich środków może użyć w konkretnej sytuacji, a z jakich zrezygnować, dzięki czemu będzie też mógł ocenić, które cele z tych zakładanych przez system prawa są w ogóle osiągalne.

Petrażycki zidentyfikował cel prawa, a także wskazał mechanizm, dzięki któremu można próbować ów cel osiągnąć.

Ostatnią tezą stanowiącą trzon naukowej polityki prawa Petrażyckiego jest teza o psychologii prawnej. Psychologii badającej wpływ prawa na zachowania adresatów norm. Prawo może wpływać na zachowania poprzez krótkoterminowe motywacje, jak również motywacje działające nawet wtedy, gdy uchwalonego prawa już nie ma. Twórca tej teorii przewidywał – dziś wydaje się, że słusznie – iż przepisy różnych gałęzi prawa, a nawet różne przepisy tej samej gałęzi prawa, uruchamiają odmienne mechanizmy psychiczne.

10 L. Petrażycki, *Wstęp do nauki*…, dz. cyt., s. 25–28.

11 A. Habrat, *Ideał człowieka*…, dz. cyt., s. 62–83.

W różnych sytuacjach społecznych odmienne procesy psychiczne będą odpowiedzialne za podejmowanie decyzji[12]. Tym samym przyjmowany w prawie jeden model decydowania (np. model racjonalnego decydowania) jest błędną strategią tworzenia prawa. Ustawodawca powinien korzystać z całego spektrum motywacji zachowań: poczynając od chęci zysku, miłości do kraju, odpowiedzialności, empatii, nawet niechęci do działania, a na strachu przed karą, kończąc. Współczesna literatura psychologiczna skutecznie identyfikuje procesy psychiczne odpowiedzialne za różnorodne działania, nawet te podejmowane w kontekstach prawnych czy moralnych[13].

Studia nad motywami postępowania to tylko jedna strona medalu, drugą były studia nad „pedagogiką prawną", czyli nad mechanizmami odpowiedzialnymi za powstawanie nawyków postępowania. W jaki sposób powstają nawyki? Czy prawo może skutecznie tworzyć trwałe nawyki pożądanego działania? Jak można zmienić nawyki już istniejące? To pytania, na które pedagogika prawna powinna udzielić odpowiedzi. Według Petrażyckiego pierwszym zadaniem prawa jest tworzenie takich motywacji, które będą skutecznie skłaniały ludzi do określonych zachowań. Niemniej prawodawca osiągnie pełen sukces dopiero wtedy, gdy nawet po derogacji normy prawnej jednostki będą zachowywały się tak, jakby ciągle obowiązywała (pod warunkiem, że nie zostanie uchwalona nowa norma prawna)[14].

W tym miejscu wypada jeszcze raz podkreślić to, co zostało wspomniane przy omawianiu tezy o postępie społecznym. Wiedza o zmianie zachowań, tworzeniu nawyków, poznawaniu motywacji nie powinna pochodzić jedynie z psychologii, ponieważ jest ona kulturowo zależna (wiedza ta, jak i psychologia)[15]. Dopiero gdy odpowie się na pytanie o poziom rozwoju etycznego społeczeństwa, o to, jakie wartości są powszechnie podzielane, jakie instytucje polityczne, prawne, społeczne i ekonomiczne cieszą się największym poparciem, wtedy będzie można wykorzystać psychologię jako narzędzie kształtowania skutecznych, trwałych wzorców zachowań.

Gdybyśmy mieli w pewnym zarysie wyliczyć dyscypliny składające się na obraz naukowej polityki prawa, powinniśmy wymienić: filozofię nauki (co to znaczy, że dana dyscyplina jest naukowa?), filozofię (ideał społeczny jako aksjomat rozumu praktycznego), socjologię, nauki ewolucyjne, a także historię prawa (postęp etyczny społeczeństw), i *last but not least* psychologię poznawczą, społeczną i neuronaukę poznawczą (psychologia prawna i pedagogika prawna). Choć już to krótkie wyliczenie uzmysławia złożoność polityki prawa Petrażyckiego, to przecież są to jedynie dyscypliny odgrywające główne role w opracowaniu naukowej polityki prawa.

Wydaje się, że behawioralna ekonomiczna analiza prawa może być postrzegana jako długo wyczekiwana kontynuacja projektu naukowego polskiego filozofa i socjologa prawa. Oczywiście w żadnej mierze dzisiejsza behawioralna analiza prawa nie wykorzystuje jego prac, ale interesujące zbieżności pomiędzy tymi projektami zasługują na bliższą analizę, ponieważ szeroko zakrojone studia teoretyczne Petrażyckiego mogą wzbogacić praktycznie zorientowany ruch behawioralnej ekonomicznej analizy prawa.

3. Behawioralna ekonomiczna analiza prawa

Dla niniejszych rozważań nie ma znaczenia, czy behawioralna ekonomiczna analiza prawa (dalej: BEAP), jest jedynie szkołą, ruchem naukowym, paradygmatem badawczym, czy już pełnoprawną dyscypliną naukową. Nie jest nawet łatwo zidentyfikować kierunki rozwoju

12 Por. R. Zyzik, *Spójność czy prawda? Rola reguły ‚istnieje tylko to, co widzisz' w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy" 2015, nr 5, s. 83–94; tenże, *Decyzje pojedyncze i łączone w orzekaniu środków karnych. Kazus nawiązki*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny" 2014, s. 147–157; tenże, *Wokół intuicyjnych decyzji sędziego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2014, nr 2, s. 187–200; tenże, *Błąd perspektywy czasu a odpowiedzialność odszkodowawcza*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2015, nr 2, s. 131–141; R. Zyzik, *Dlaczego zmęczenie decyzyjne może być zagrożeniem dla niezawisłości sędziego?* „Forum Prawnicze" 2014, nr 3, s. 17–24.

13 D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Poznań 2012; K. Stanovich, *Rationality and the Reflective Mind*, Oxford 2011; R. Thaler, C. Sunstein, *Impuls: jak podejmować właściwe decyzje dotyczące zdrowia, dobrobytu i szczęścia*, przeł. J. Grzegorczyk, Poznań 2008.

14 L. Petrażycki, *Wstęp do nauki…*, dz. cyt., s. 30.

15 R. Nisbett, *The Geography of Thought: How Asians and Westerners Think Differently*, New York 2005.

BEAP. Niemniej punktem wyjścia dla wszystkich naukowców identyfikujących się z behawioralną analizą prawa[16] jest skoncentrowanie się na rzeczywistych procesach psychicznych zachodzących w momencie podejmowania decyzji. Tym samym opiera się ona na danych empirycznych dostarczanych przez psychologów poznawczych, ekonomistów, ale również przez prawników.

Behawioralna ekonomiczna analiza prawa może być postrzegana jako długo wyczekiwana kontynuacja projektu naukowego polskiego filozofa i socjologa prawa.

Według Jeffreya Rachlinskiego, amerykańskiego psychologa i teoretyka prawa, dwa teksty miały znaczący wpływ na rozwój BEAP. Pierwszy zatytułowany *A Behavioral Approach to Law and Economics written*, autorstwa Christine Jolls, Cassa Sunsteina i Richarda Thalera[17]. Drugi *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics* – Thomasa Ulena i Russela Korobkina[18]. W tych dwóch artykułach, których tezy następnie zostały rozwinięte w tysiącach innych publikacji, można odnaleźć prezentację głównych celów BEAP, opis metodologii i opis przypadków, w których BEAP może znaleźć zastosowanie. Te dwa artykuły *de facto* stworzyły behawioralną ekonomiczną analizę prawa.

Zanim jednak przejdziemy do prezentacji ogólnej charakterystyki behawioralnej analizy prawa, warto przyjrzeć się uwagom Rachlinskiego dotyczącym jej statusu. Uważa on, że jedną z największych wad BEAP jest nieuznawanie jej psychologicznego rodowodu. Choć dzisiaj w sposób oczywisty analizę behawioralną stosują ekonomicznie zorientowani prawnicy, prawnie zorientowani ekonomiści, psychologowie i między innymi specjaliści od polityk publicznych, to fundamentem behawioralnej ekonomicznej analizy prawa jest psychologia[19].

Jej ojcami założycielami są psychologowie Daniel Kahneman i Amos Tversky, a także ekonomista R. Thaler, który podjął się empirycznego badania procesów decyzyjnych pod wpływem kontaktów z Danielem Kahnemanem i ogromnych różnic, które zidentyfikował pomiędzy ówczesną psychologią a założeniami ekonomii[20]. Christine Jolls, jedna z pierwszych osób zajmujących się tym zagadnieniem, tak definiuje BEAP:

> „Behawioralna ekonomiczna analiza prawa charakteryzuje się wykorzystaniem w ramach *law and economics* badań behawioralnych z różnych dyscyplin psychologicznych (…). Behawioralne prawo i ekonomia próbują poprawić predykcyjną siłę *law and economics* poprzez oparcie się na bardziej realistycznych ujęciach zachowania człowieka[21]".

16 W dalszej części tekstu wyrażenie „behawioralna analiza prawa" będzie używane zamiennie z „behawioralna ekonomiczna analiza prawa" i „BEAP".

17 C. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics* (w:) C. Sunstein (red.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge 2000, s. 13–58.

18 T. Ulen, R. Korobkin, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, „California Law Review" 2000, nr 4, s. 1051–1144.

19 J.J. Rachlinski, *The Psychological Foundations…*, dz. cyt., s. 1679.

20 D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, „Econometrica: Journal of the Econometric Society" 1979, nr 2, s. 263–291; A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, „Science" 1974, nr 4157, s. 1124–1131; R. Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, „Journal of Economic Behavior & Organization" 1980, nr 1, s. 39–60.

21 C. Jolls, *Behavioral Law and Economics*, „National Bureau of Economic Research" 2007, nr 12879, s. 2, cytat przeł. R. Zyzik.

Podobnie Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler we wspólnie napisanym tekście definiują cechy charakterystyczne BEAP:

> „Ideą leżącą u podstaw naszej analizy jest przekonanie, że ekonomia behawioralna pozwala na modelowanie i przewidywanie zachowań relewantnych dla prawa przy użyciu narzędzi tradycyjnej analizy ekonomicznej, ale z bardziej precyzyjnymi założeniami dotyczącymi ludzkiego zachowania i bardziej precyzyjnymi predykcjami odnośnie prawa[22]".

Cechą charakterystyczną behawioralnej ekonomicznej analizy prawa jest wykorzystywanie psychologii w celu lepszego zrozumienia sposobu podejmowania decyzji, które potem może posłużyć do bardziej efektywnego posługiwania się prawem w celu kierowania zachowaniami adresatów norm prawnych. Behawioralna analiza prawa nie została opracowana ani rozwinięta dlatego, że pojawiły się bardziej subtelne modele matematyczne, ale dlatego, że ogromna praca została wykonana przez psychologów poznawczych, ale także przez biologów ewolucyjnych czy neuronaukowców poznawczych[23]".

Christine Jolls, C. Sunstein i R. Thaler zidentyfikowali trzy powiązane ze sobą zadania, które powinny być zrealizowane w ramach BEAP. Mowa o zadaniu deskryptywnym, preskryptywnym i normatywnym. Punktem wyjścia dla jakichkolwiek innych badań jest zadanie deskryptywne. I to nie tylko punkt wyjścia, ale warunek *sine qua non* całej analizy behawioralnej.

W jaki sposób prawo wpływa na zachowanie człowieka? Jak ludzie podejmują decyzje w warunkach niepewności? Jak decydują o zawarciu umowy? Czym się kierują, podejmując decyzje o złamaniu prawa? W jaki sposób obywatele zareagują na wprowadzone regulacje? W jaki sposób prawo motywuje do działania? To są tylko przykłady zagadek, pytań, które przedstawiciele BEAP próbują rozwiązań w ramach realizacji zadania deskryptywnego. Na pierwszy rzut oka widać, że ktokolwiek podejmie się próby odpowiedzi na takie pytanie, będzie musiał wykorzystywać wiedzę psychologiczną[24]. Zadanie deskryptywne polega na konieczności zrozumienia determinantów faktycznego zachowania człowieka i wpływu, jaki na jego zachowanie wywierają przepisy prawa. Zadanie deskryptywne polega na odpowiedzi na pytania typu „jak jest?". Końcowym rezultatem wykonania zadania deskryptywnego będzie opis procesów psychicznych, które stoją za decyzjami podejmowanymi przez ludzi, oraz opis sposobu, w jaki przepisy prawa wpływają na zachowania człowieka[25].

Kolejnym krokiem w BEAP jest zadanie preskryptywne. Jeśli uznać, że zadanie deskryptywne należy do nauk opisowych, teoretycznych, to zadanie drugie powinno zostać scharakteryzowane jako należące do kompetencji praktycznych nauk społecznych. Prawodawca, chcąc osiągnąć określony cel, ustanawia reguły prawne o określonej treści. Tym samym powinien on zostać wyposażony w narzędzia i wiedzę o osiąganiu celów przy wykorzystywaniu najbardziej skutecznych ku temu metod. Powinien móc efektywnie zmotywować ludzi do pożądanego zachowania lub wręcz przeciwnie: jeśli uważa jakieś zachowanie za szkodliwe, powinien być w stanie w sposób skuteczny przed nim ludzi powstrzymać. Cele prawodawcy są zróżnicowane, a tym samym środki ich realizacji także są wielorakie – od zakazu określonych zachowań do nakazu zachowań pożądanych, poprzez zachęcanie lub ułatwianie podejmowania inicjatyw istotnych z punktu widzenia samych adresatów norm prawnych. Zadanie preskryptywne polega na wykorzystywaniu wiedzy o relacjach pomiędzy procesami psychicznymi i zachowaniami, a bodźcami zachowań w postaci norm prawnych. W trakcie realizacji tego zadania udziela się odpowiedzi na pytania typu: „W jaki sposób wykorzystać wiedzę o X, by osiągnąć przy pomocy przepisów prawnych cel Y?"[26].

Last but not least BEAP powinna osiągnąć jeszcze jedno zadanie. Zadanie normatywne, bo o nim mowa, polega na identyfikacji, sformułowaniu i ocenie ogólnych celów systemu prawnego. Zagadnienie celów prawa,

22 C. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach*…, dz. cyt., s. 1, cytat przeł. R. Zyzik.

23 N. Wilkinson, M. Klaes, *An Introduction to Behavioral Economics*, New York 2010, s. 15–18, cytat przeł. R. Zyzik.

24 G. Mitchell, *Taking Behavioralism Too Seriously? the Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, „William and Mary Law Review" 2002, nr 5, s. 1907 i n.

25 C. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach*…, dz. cyt., s. 2.

26 Tamże.

celów systemu prawnego, jest odwiecznym problemem filozofii prawa. Mimo że BEAP zawdzięcza swoje dotychczasowe sukcesy skromnej strategii krok po kroku, od wykorzystania specjalistycznej wiedzy o mechanizmach ludzkiego postępowania w złożonych sytuacjach społecznych po wykorzystanie narzędzi w celu osiągnięcia zakładanych celów, to w pewnym momencie pytanie o zakładane cele musiało się pojawić. Jak przyznają Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler, kwestia sporu pomiędzy paternalizmem i libertarianizmem leży właśnie w tym miejscu. W jaki więc sposób prawodawca powinien wybierać cele, które mają być następnie realizowane przez podmioty prawa?[27] Zwolennicy BEAP za wszelką cenę próbują uniknąć oskarżenia o paternalizm. Dlatego też R. Thaler i C. Sunstein zaproponowali, jako filozofię zmiany społecznej leżącą u podstaw behawioralnej analizy prawa, libertariański paternalizm. Termin ten ma oznaczać, że prawodawca tak zmienia sytuację decyzyjną podmiotów prawa, by przewidując ich możliwe zachowania, skłonić ich do wybrania takiego rozwiązania, które będzie zgodne z interesem całego społeczeństwa. Niemniej wolność wyboru poszczególnych adresatów norm prawnych nie zostanie ograniczona. Pojęcie „paternalizm" wynika z próby bezpośredniego lub pośredniego wpływania przez państwo na wybory dokonywane przez poszczególnych członków społeczeństwa, z kolei przymiotnik „libertariański" wskazuje na to, że ostateczny wybór należy do jednostki. Propozycja ta wywołała spór pomiędzy zwolennikami a przeciwnikami analizy behawioralnej. Ci pierwsi utrzymują, że libertariański paternalizm jest możliwy i stanowi najlepsze rozwiązanie dla prawodawcy, który chce wpływać skutecznie na społeczeństwo, a zarazem nie chce pozbawiać jego członków wolności wyboru. Przeciwnicy z kolei argumentują, że jest to nic innego jak bardzo wyrafinowana forma manipulacji, ponieważ to prawodawca wie więcej o sposobach zachowania się członków społeczeństw w określonych sytuacjach i wiedzę tę wykorzystuje, by osiągnąć własne cele. Tym samym wolność wyboru, choć pozornie zachowana, jest iluzją mającą ukryć paternalistyczne zapędy ustawodawców[28].

Pojęcie „paternalizm" wynika z próby bezpośredniego lub pośredniego wpływania przez państwo na wybory dokonywane przez poszczególnych członków społeczeństwa, z kolei przymiotnik „libertariański" wskazuje na to, że ostateczny wybór należy do jednostki.

Trzy powyższe zadania stanowią główne cele behawioralnej ekonomicznej analizy prawa. Tak jak podkreślają R. Korobkin i T. Ulen: ponieważ przepisy prawa są bodźcami zachęcającymi lub zniechęcającymi przed podjęciem określonych działań, psychologiczna wiedza o procesach podejmowania decyzji powinna zostać inkorporowana do prawniczych modeli podejmowania decyzji.

4. Trzy słowa o współczesności Petrażyckiego

W tym miejscu trzeba wyjaśnić, w jaki sposób teoretyczne prace autorstwa Petrażyckiego mogą wzbogacić behawioralną ekonomiczną analizę prawa. Pierwszą

27 Tamże, s. 2–3.

28 C. Sunstein, R. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, „The University of Chicago Law Review" 2003, nr 4, s. 1–43.

kwestią, którą powinno się zbadać, jest nietrywialne zagadnienie paternalizmu. Druga kwestia dotyczy kulturowej zależności polityki prawa i prawa w ogóle, co bywa często ignorowane lub niezauważane przez zwolenników BEAP.

Jeśli na początkowym etapie prac nad BEAP zagadnienie celów prawa schodziło na dalszy plan, to paternalizm stał się doniosłą kwestią praktyczną w momencie pojawienia się możliwości szerokiego wykorzystywania analizy behawioralnej w procesie tworzenie prawa. Z kolei sprawa kulturowej zależności polityki prawa i prawa w ogóle, jest istotna już na etapie rozwoju metod i narzędzi, ponieważ dotyczy ona uniwersalnej skuteczności BEAP. Coś, co może działać dobrze w warunkach systemu prawa anglosaskiego w wydaniu amerykańskim, wcale nie musi działać równie skutecznie w systemie prawa kontynentalnego obowiązującego w krajach Europy Środkowej i Wschodniej.

Leon Petrażycki zaproponował ideał społeczny jako cel polityki prawa, ale również jako kryterium oceny konkretnych rozwiązań prawnych. Być może nie w przypadku każdego nowego aktu normatywnego da się zastosować to kryterium, ale pole jego zastosowań wcale nie musi być wąskie. Niemniej fakt, że ów ideał społeczny został jako cel polityki prawa wysunięty, wcale nie musi oznaczać, że pomysłodawca być zwolennikiem paternalizmu. Pozostając jednakże na gruncie tej teorii, widzimy, że etyczna ewolucja społeczeństw jest faktem. Ewolucja przebiega od społeczeństw egoistycznych, niesprawiedliwych, zawężających krąg podmiotów prawa do wąskiej grupy obywateli – do społeczeństw bardziej solidarnych, charakteryzujących się mniej surowymi karami i szerokim kręgiem podmiotów prawa. Tym samym nakaz realizacji poprzez procesy legislacyjne ideału społecznego nie jest w swej istocie nakazem o charakterze normatywnym, ale preskryptywnym. A sądy preskryptywne w przeciwieństwie do sądów normatywnych, choć w sprawie uzasadnienia naukowego sądów normatywnych w filozofii toczy się spór, mogą być uzasadniane naukowo, ponieważ opierają się na opisowych twierdzeniach identyfikujących zależności przyczynowe. Jeśli więc konkretne stwierdzenie deskryptywne (”Ewolucja etyczna społeczeństw jest faktem”) jest prawdziwe, to twierdzenie preskryptywne (”Jeśli prawodawca chce dążyć do osiągnięcia ideału społecznego, powinien stosować się do wymagań NPP”) jest twierdzeniem mającym uzasadnienie empiryczne.

Powyższe rozumowanie ma sens o tyle, o ile postęp etyczny społeczeństw jest faktem. Choć argumenty L. Petrażyckiego w tym zakresie są ciekawe, to dzisiaj dowodów na rzecz empirycznego charakteru postępu etycznego można szukać w innych dyscyplinach naukowych, których zresztą nie było w czasach, gdy pisał on swój *Wstęp do nauki polityki prawa*. Pytanie o postęp, czy jakby dzisiaj powiedzieć poprawniej: ewolucję etyczną, natychmiastowo każe zwrócić uwagę na współczesne nauki ewolucyjne i prymatologię. Studia nad ewolucyjnym charakterem procesów poznawczych, i szerzej: ludzkiego umysłu, pozwalają przyjąć nową perspektywę w ocenie postępu etycznego zakładanego przez polskiego prawnika. Dla przykładu Frans de Waal, jeden z najbardziej znanych przedstawicieli nauk ewolucyjnych i prymatologii, w swojej książce *Małpy i filozofowie. Skąd pochodzi moralność?* zauważa:

> „Jeśli przyjmiemy tę wizję ewolucji moralności – moralności, która jest logiczną konsekwencją tendencji kooperatywnych – okaże się, że pielęgnując troskliwą, moralną postawę, nie występujemy przeciw swej naturze, podobnie jak społeczeństwo obywatelskie nie jest chaotycznym ogrodem pielęgnowanym w pocie czoła przez ogrodnika, jak wyobrażał to sobie Huxley. Postawa moralna była z nami od początku, a ogrodnik – jak błyskotliwie ujął to Dewey – jest zwolennikiem naturalnego wzrostu. Skuteczny ogrodnik tworzy warunki do wzrostu roślin, które normalnie nie obrodziłyby na danym terenie, „ale ostatecznie należą do natury jako takiej”. Innymi słowy, gdy działamy moralnie, nie jesteśmy oszukującymi wszystkich hipokrytami: podejmujemy decyzje oparte na instynktach społecznych, które są starsze niż nasz gatunek, nawet jeśli dodajemy do tego typowo ludzką, bezinteresowną troskę o innych i społeczeństwo jako całość[29]”.

Frans de Waal twierdzi, że moralność jest częścią naszej natury i bazuje na wrodzonych tendencjach do zachowań kooperacyjnych. Moralność jest częścią

29 F. de Waal, *Małpy i filozofowie. Skąd pochodzi moralność?*, przeł. B. Brożek, M. Furman, Kraków 2013, s. 55.

naszej ewolucyjnej struktury, w związku z tym właściwe rządzenie nie powinno przebiegać wbrew naszym ewolucyjnym tendencjom. Prawo, jako narzędzie nieustannego oddziaływania na zachowania ludzi, może tworzyć środowisko, w którym nasze wrodzone tendencje ewolucyjne się rozwijają bez przeszkód lub wręcz przeciwnie: może promować zachowania, które niekoniecznie leżą w naszej ewolucyjnie rozumianej naturze. Jest jednak coś, co wyróżnia nas na tle innych stworzeń, to mianowicie typowo ludzka dbałość o społeczeństwo jako całość i bezinteresowna troska o in-

Moralność jest częścią naszej natury i bazuje na wrodzonych tendencjach do zachowań kooperacyjnych.

nych. Choć ewolucja nie posiada celu, a w przypadku procesów ewolucyjnych nie można mówić o postępie, a jedynie o przystosowaniu i sukcesie reprodukcyjnym, to jeśliby szukać jakichkolwiek prawidłowości w przypadku ewolucyjnej historii człowieka, to bez wątpienia byłaby to coraz większa rola współpracy i gwarantujących ją reguł moralnych.

Leon Petrażycki nie mógł studiować prymatów, ewolucjonizm bowiem, choć już popularny, był dopiero w powijakach, a psychologia ewolucyjna wtedy nie istniała. Niemniej studia nad historią instytucji prawnych nakierowały go na właściwy, zdaje się, trop. Prawo stanowione może być wskaźnikiem pomagającym identyfikować poziom etyczny społeczeństwa. W starożytności krąg podmiotów prawa był znacznie węższy niż krąg podmiotów prawa w XXI wieku. Niewolnicy nie mieli statusu człowieka w świetle prawa. W pewnych kulturach obcokrajowcy mogli zostać zabici i sprawcom ich śmierci nie groziły z tego tytułu żadne konsekwencje prawne. Metody śledcze stosowane w średniowieczu mogłyby dziś kwalifikować się jako tortury. Status dzieci zmienił się dopiero na początku XX wieku, kiedy przestały być one traktowane jako tania siła robocza. W Szwajcarii kobiety nie miały praw wyborczych aż do 1971 roku. Można z dużą dozą ostrożności przyjąć, że L. Petrażycki ten właśnie typ postępu etycznego miał na myśli, pisząc o empirycznych podstawach postępu etycznego. Tym samym jego twierdzenia o roli mechanizmów ewolucyjnych i ich wpływie na zachowania egoistyczne i altruistyczne nawet dziś wydają się być zasadne[30].

Jeśli z takiej perspektywy spojrzy się na tezę o ideale społecznym, a z drugiej strony na powiązany z BEAP libertariański paternalizm, można zidentyfikować wspólny fundament tych dwóch podejść do polityki prawa. Zaczyna się on od zwrotu „gdyby ludzie wiedzieli". I dalej: gdyby ludzie wiedzieli, jak postępować, na pewno by tak postępowali, a ponieważ nie wiedzą, ktoś im musi pomóc. Petrażycki uważał, że prawodawca powinien wspierać naturalną tendencję do wykorzeniania zachowań egoistycznych i wzmacniania zachowań solidarystycznych. Zwolennicy BEAP utrzymują, że ludzie z powodu ograniczonych zdolności poznawczych, braku silnej woli i braku dominującego motywu postępowania nie zawsze zachowują się w sposób, który uczyni ich życie lepsze, zdrowsze i dłuższe.

Dwie wspólne cechy łączą NPP i BEAP. Po pierwsze, wiara w naukę i jej możliwości odkrywania istotnych faktów, które mogą pomóc prawodawcom tworzyć lepsze, bardziej efektywne prawo. Z drugiej strony, przekonanie o istnieniu kluczowej wiedzy (głównie psychologicznej, ale nie tylko), która jeśli tylko zostanie wykorzystana, pozwoli podnieść jakość życia jednostek i życia całych społeczeństw. Podczas gdy BEAP wikła się w nierozstrzygalny spór pomiędzy libertarianizmem a paternalizmem, proponując rozwiązanie pośrednie, czyli libertariański paternalizm, to NPP, przyjmując aksjomat ideału społecznego opartego

30 A. Biernat, *Poglądy filozoficzne Leona Petrażyckiego i ich interpretacje*, Toruń 2001, s. 43.

na empirycznie potwierdzonej (choć to oczywiście dyskusyjna teza) ewolucji etycznej, unika oskarżenia o paternalizm, ponieważ wybór głównego celu prawa nie jest twierdzeniem normatywnym, ale preskryptywnym. Oczywiście można zapytać, dlaczego powinno się dążyć do ideału społecznego i przyśpieszać ewolucję etyczną albo choć jej nie przeszkadzać. Petrażycki zasłania się w tym przypadku aksjomatycznym charakterem ideału miłości, co z kolei dla niektórych może nie być dostatecznym wyjaśnieniem, lecz jedynie ucieczką od odpowiedzi na właściwe pytanie.

Jednym z założeń BEAP jest twierdzenie, że ludzie myślą w taki sam sposób – niezależnie od tego, czy mieszkają w Ameryce Północnej, Europie Wschodniej czy na Bliskim Wschodzie. Chodzi o założenie, że istnieje identyczny mechanizm myślenia w kategoriach etycznych, prawnych, moralnych. Jeśli określone bodźce motywacyjne w postaci regulacji prawnych działają w Stanach Zjednoczonych, to istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że będą działały również na Litwie, w Indiach czy w Japonii. Niemniej psychologia kulturowa (a znacznie wcześniej zauważył to L. Petrażycki) sugeruje, że jest inaczej. Na sposób myślenia wpływają warunki geograficzne, kulturalne, polityczne, prawne i ekonomiczne, i wszystkie one mają daleko idące konsekwencje.

Poniżej przywołamy jedynie kilka przykładów badań przeprowadzonych na terenie państw Europy Środkowej i Wschodniej, które pokazują, że historia prawno-ekonomiczna społeczeństwa ma znaczenie dla aktualnie obowiązujących reguł prawnych.

Badania autorstwa Axela Ockenfelsa i Joachima Wienmanna pokazują, że istnieją poważne różnice pomiędzy stopniem solidarności społeczeństw, które miały nieszczęście funkcjonować w ramach narzuconego przez ZSRR reżimu socjalistycznego, a poziomem społeczeństw demokracji zachodniej. Osoby żyjące w socjalizmie były skłonne ofiarować znacznie mniejsze kwoty pieniężne (maksymalnie można było ofiarować 10 marek niemieckich), niż osoby, które miały szczęście znaleźć się po zachodniej stronie Muru Berlińskiego[31]. Inne badania z kolei potwierdziły, że mieszkańcy Niemiec Wschodnich preferują politykę społeczną o charakterze redystrybucyjnym, jednocześnie nie zgadzają się na zwiększenie danin publicznych pozwalających na taką redystrybucję. Ponadto osoby te znacznie mniej ufają swoim współobywatelom[32].

W ramach przeprowadzonych eksperymentów udało się również ustalić, że im dłużej ludzie żyli w warunkach socjalistycznych, tym większą mają skłonność do oszukiwania, jeśli prawdopodobieństwo wykrycia oszustwa jest znikome. Niemniej nawet osoby, które urodziły się już po upadku Muru Berlińskiego, ale w rodzinach z Berlina Wschodniego, nadal więcej oszukiwały (choć nieznacznie) od osób urodzonych w rodzinach z Berlina Zachodniego. A przecież większa skłonność do oszukiwania może przekładać się na wyższe koszty publiczne, ponieważ kontrola zachowań takich obywateli powinna być odpowiednio proporcjonalna do ich skłonności do łamania prawa i tym samym maksymalizacji indywidualnych korzyści[33].

Studia nad wpływem systemów politycznych, ekonomicznych i prawnych na – mówiąc językiem Petrażyckiego – postęp etyczny społeczeństw są coraz bardziej powszechne[34].

Biorąc pod uwagę rezultaty powyżej przytoczonych badań, należy uznać, że naukowa polityka prawa powinna być zależna kulturowo, w tym sensie, że jednym z jej elementów, tak jak twierdził Petrażycki, powinna być historia ewolucji instytucji prawnych, ekonomicznych i politycznych, a także aktualny stan etyczny społeczeństwa, który dzisiaj możemy mierzyć, m.in. mierząc zaufanie obywateli do państwa, poziom korupcji, szarą strefę, poznając oceny kwestii doniosłych moralnie. Żaden z tych wskaźników samodzielnie nie powiedziałby zbyt wiele, ale już zbiór

31 A. Ockenfels, J. Weimann, *Types and Patterns: an Experimental East-West-German Comparison of Cooperation and Solidarity*, „Journal of Public Economics" 1999, nr 2, s. 275–287.

32 A. Alesina, N. Fuchs-Schündeln, *Good-Bye Lenin (or Not?): The Effect of Communism on People's Preferences*, „The American Economic Review" 2007, nr 4, s. 1507–1528.

33 D. Ariely i in., *The (True) Legacy of Two Really Existing Economic Systems*, „Munich Discussion Paper" 2014, nr 26, s. 1–25.

34 N. Nunn, *The Importance of History for Economic Development*, „Annual Review of Economics" 2009, nr 1, s. 65–92; N. Nunn, L. Wantchekon, *The Slave Trade and the Origins of Mistrust in Africa*, „The American Economic Review" 2011, nr 7, s. 3221–3252; G. Tabellini, *Culture and Institutions: Economic Development in the Regions of Europe*, „Journal of the European Economic Association" 2010, nr 4, s. 677–716.

takich danych mógłby być pewną wskazówką, którą prawodawca powinien wziąć pod uwagę.

Niektórzy z reprezentantów behawioralnej ekonomicznej analizy prawa zdają się dostrzegać ten problem:

> „A jednak nie tylko prawo może w różny sposób kształtować zachowania podmiotów prawa, ale również szersze instytucje społeczne i kulturalne, których prawo jest częścią. Zwłaszcza że znacząca i ciągle powiększająca się literatura wskazuje na systematyczne międzykulturowe różnice w sposobach podejmowania decyzji i wydawania sądów, od sądów probabilistycznych, po preferencje dotyczące wysokości ryzyka i inne jeszcze przykłady. (…) Naturalnie, powinniśmy oczekiwać, że takie systemowe międzykulturowe różnice będą miały wpływ (…) na naturę konkretnych instytucji prawnych i na sposób, w jaki te instytucje wpływają na zachowania jednostek[35]".

Nowa generacja analizy behawioralnej powinna brać pod uwagę nie tylko łatwo dostrzegalne różnice pomiędzy systemami prawa anglosaskiego i kontynentalnego, ale również kulturową, społeczną, ekonomiczną i polityczną charakterystykę konkretnego społeczeństwa. Ludzie różnić się mogą nie tylko poglądami, ale także sposobami myślenia i formułowania ocen. Wykazywać mogą skłonność do oszustwa, a z drugiej strony – do kierowania się regułami. W zależności od społeczeństwa skuteczność nakazów, zakazów czy dozwoleń może być różna. Według L. Petrażyckiego takie różnice istnieją i powinny być przez prawodawców stosujących się do wymogów naukowej polityki prawa brane pod uwagę.

Ludzie różnić się mogą nie tylko poglądami, ale także sposobami myślenia i formułowania ocen.

5. Podsumowanie

Celem pracy było przedstawienie argumentów na rzecz tezy, że Leon Petrażycki może być uznany za prekursora behawioralnej ekonomicznej analizy prawa. Mimo że jego teoria jest rezultatem badań prowadzonych w wieku dziewiętnastym i w pierwszych trzech dekadach wieku dwudziestego, to w zaskakujący sposób – w swych założeniach i po części w celach – jest zgodna z behawioralną ekonomiczną analizą prawa. Cel analizy behawioralnej jest jednak skromniejszy, a tym samym bardziej realistyczny. Nie jest nim przecież sprawienie, że świat stanie się lepszym miejscem, a ludzie zaczną się lepiej traktować. Celem jest, jak można przeczytać w podtytule klasycznej już pozycji z zakresu ekonomii behawioralnej *Impuls*, by ludzie mogli podejmować właściwe decyzje dotyczące zdrowia, szczęścia i dobrobytu. Chodzi o tworzenie takiego prawa, które w sposób nieinwazyjny, łatwy do uniknięcia, bezkosztowy będzie zachęcało ludzi do podejmowania decyzji, które będą lepsze z ich punktu widzenia.

Behawioralna ekonomiczna analiza prawa może zostać scharakteryzowana jako przykład strategii *bottom-up*. Jej zwolennicy nie zaczynają prac od zdefiniowania ogólnych, ambitnych celów polityki prawa, ale koncentrują się na poprawie konkretnych instytucji prawnych, wykorzystując do tego wiedzę psychologiczną i ekonomiczną. Z drugiej strony Petrażyckiego naukowa polityka prawa była rezultatem zastosowania strategii *top-down*. W pierwszych krokach wskazał ogólny i bardzo ambitny cel polityki prawa, następnie zidentyfikował mechanizm, który pomoże go osiągnąć. Dopiero następnie wskazywał, gdzie należy szukać wiedzy, która pozwoli na tworzenie pożądanego prawa. Kierunek badawczy był więc dokładnie odwrotny od tego przyjętego w analizie behawioralnej.

Metodologia Petrażyckiego ma wady i zalety. Analiza behawioralna jest znacznie łatwiejsza do zastoso-

35 A. Tor, *The Next Generation of Behavioral Law and Economics* (w:) K. Mathis (red.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, London 2014, s. 18–19, cytat przeł. R. Zyzik.

wania w praktyce. Relacja pomiędzy ideałem społecznym a praktyką stosowania prawa jest skomplikowana i w wielu przypadkach niepotrzebna. Nie każda regulacja, która podniesie jakość życia jednostki lub społeczeństwa, musi realizować ideał społeczny. Niektóre regulacje są po prostu irrelewantne z tej perspektywy. Z punktu widzenia praktyki stosowania prawa wydaje się, ze strategia *bottom-up* jest skuteczniejsza.

Niemniej w pewnym momencie musi pojawić się pytanie o wartości. Mniej lub bardziej zdecydowanie trzeba odpowiedzieć na pytanie, jakie wartości prawo powinno realizować i w jakim celu wiedza psychologiczna i ekonomiczna ma zostać wykorzystana. Zadanie normatywne stojące przed zwolennikami behawioralnej analizy, to nic innego, jak pytanie o wartości realizowane przez prawo. Użycie strategii *bottom-up* oddala ten problem, ale go nie usuwa, ponieważ i tak w pewnym momencie kwestia oceny alternatywnych celów prawa będzie musiała zostać rozstrzygnięta. Pojawi się pytanie o kryterium takiej oceny i jego uzasadnienie. W tym sensie ideał społeczny Petrażyckiego i jego mniej lub bardziej przekonujące empiryczne podstawy dają sposób uniknięcia zarzutu o arbitralności w wyborze celów prawa.

Ponadto takie ujęcie celu polityki prawa ogranicza możliwość wykorzystywania polityki prawa jedynie w interesie aktualnej władzy politycznej. Tym samym ideał społeczny z jednej strony może jawić się jako ograniczenie władzy politycznej przynajmniej w zakresie, w jakim władza ta chciałaby realizować partykularne interesy kosztem społeczeństwa, a z drugiej uwzględnienie tego ideału stanowiłoby jakąś formę idei regulatywnej, która wpływałaby w sposób pośredni na prawodawcę, by ten tworzył prawo wspierające kooperację, zaufanie do innych członków społeczeństwa i do sfery publicznej.

W ostatnich dekadach ekonomia behawioralna poczyniła olbrzymi postęp. Nie może zatem dziwić, że pojawiają się głosy zachęcające do rozszerzenie i pogłębienia prowadzonych już badań. Jednym z kierunków owego pogłębienia mają być badania nad kulturowymi czynnikami wpływającymi na skuteczność regulacji prawnych opartych na wynikach badań ekonomii behawioralnej i psychologii poznawczej. W tym miejscu twierdzenie Petrażyckiego o ewolucyjnym i kulturowym charakterze polityki prawa powinno zostać wzięte pod uwagę. Nie miał wątpliwości, że społeczne, ekonomiczne i prawne różnice pomiędzy państwami przekładają się na różne wzorce zachowań, różne oceny instytucji prawnych i społecznych, a co najważniejsze: na odmienne sposoby myślenia o wartościach. Tym samym behawioralna ekonomiczna analiza prawa – w gruncie rzeczy opracowana w Stanach Zjednoczonych i Europie Zachodniej – nie musi równie skutecznie wpływać na zachowania obywateli państw Europy Środkowej, Azji czy Ameryki Południowej. Ten fakt jest niezwykle istotny i wymaga pogłębionych badań, ponieważ podaje w wątpliwość uniwersalny dotychczas charakter narzędzi analizy behawioralnej.

Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2015/17/D/HS5/00453 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

Bibliografia

Alesina A., Fuchs-Schündeln N., *Good-Bye Lenin (or Not?): The Effect of Communism on People's Preferences*, „The American Economic Review" 2007, nr 4, s. 1507–1528.

Ariely A. i in., *The (True) Legacy of Two Really Existing Economic Systems*, „Munich Discussion Paper" 2014, nr 26, s. 1–25.

Biernat A., *Poglądy filozoficzne Leona Petrażyckiego i ich interpretacje*, Toruń 2001.

Habrat A., *Ideał człowieka i społeczeństwa w teorii Leona Petrażyckiego*, Rzeszów 2006.

Jolls C., *Behavioral Law and Economics*, „National Bureau of Economic Research" 2007, nr 12879, s. 1–46.

Jolls C., Sunstein C., Thaler R., *A Behavioral Approach to Law and Economics* (w:) C. Sunstein (red.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge 2000, s. 13–58.

Kahneman D., *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, przeł. P. Szymczak, Poznań 2012.

Kahneman D., Tversky A., *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, „Econometrica: Journal of the Econometric Society" 1979, nr 2 s. 263–291.

Kojder A., *Godność i siła prawa: szkice socjologicznoprawne*, Warszawa 1995.

Leszczyna H., *Petrażycki*, Warszawa 1974.

Mitchell G., *Taking Behavioralism Too Seriously? the Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, „William and Mary Law Review" 2002, nr 5, s. 1907–2021.

Motyka K., *Optymizm Petrażyckiego*, „Kamena" 1981, nr 11, s. 9–16.

Nisbett R., *The Geography of Thought: How Asians and Westerners Think Differently*, New York 2005.

Nunn N., *The Importance of History for Economic Development*, „Annual Review of Economics" 2009, nr 1, s. 65–92.

Nunn N., Wantchekon L., *The Slave Trade and the Origins of Mistrust in Africa*, „The American Economic Review" 2011, nr 7, s. 3221–3252.

Ockenfels A., Weimann J., *Types and Patterns: an Experimental East-West-German Comparison of Cooperation and Solidarity*, „Journal of Public Economics" 1999, nr 2, s. 275–287.

Pareto V., *Manual of Political Economy: A Variorum Translation and Critical Edition*, Oxford 2014.

Petrażycki L., *O dopełniających prądach kulturalnych i prawach rozwoju handlu*, Warszawa 1936.

Petrażycki L, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego*, Warszawa 1925.

Petrażycki L, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.

Rachlinski J.J., *The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics*, „University of Illinois Law Review" 2011, nr 5, s. 1675–1696.

Stanovich K., *Rationality and the Reflective Mind*, Oxford 2011.

Sunstein C., Thaler R., *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, „The University of Chicago Law Review" 2003, nr 4, s. 1–43.

Tabellini G., *Culture and Institutions: Economic Development in the Regions of Europe*, „Journal of the European Economic Association" 2010, nr 4, s. 677–716.

Thaler R., Sunstein C., *Impuls: jak podejmować właściwe decyzje dotyczące zdrowia, dobrobytu i szczęścia*, przeł. J. Grzegorczyk, Poznań 2008.

Thaler R., *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, „Journal of Economic Behavior & Organization" 1980, nr 1, s. 39–60.

Tor A., *The Next Generation of Behavioral Law and Economics* (w:) K. Mathis (red.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, London 2014, s. 17–30.

Tversky A., Kahneman D., *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, „Science" 1974, nr 4157, s. 1124–1131.

Ulen T., Korobkin R., *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, „California Law Review" 2000, nr 4, s. 1051–1144.

Waal F. de, *Małpy i filozofowie. Skąd pochodzi moralność?*, przeł. B. Brożek, M. Furman, Kraków 2013.

Wilkinson N., Klaes M., *An Introduction to Behavioral Economics*, New York 2010.

Zyzik R., *Błąd perspektywy czasu a odpowiedzialność odszkodowawcza*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2015, nr 2, s. 131–141.

Zyzik R., *Decyzje pojedyncze i łączone w orzekaniu środków karnych. Kazus nawiązki*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny" 2014, s. 147–157.

Zyzik R., *Dlaczego zmęczenie decyzyjne może być zagrożeniem dla niezawisłości sędziego?* „Forum Prawnicze" 2014, nr 3, s. 17–24.

Zyzik R., *Ideał społeczny w polityce prawa. Perspektywa ewolucyjna*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej" 2015, nr 60, s. 175–188.

Zyzik R., *Spójność czy prawda? Rola reguły 'istnieje tylko to, co widzisz' w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy" 2015, nr 5, s. 83–94.

Zyzik R., *Wokół intuicyjnych decyzji sędziego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2014, nr 14 s. 187–200.

Grzegorz Blicharz, Tomasz Kisielewicz

Prawne aspekty zarządzania *commons* wobec technicznych wyzwań rozwoju *smart city*

Grzegorz Blicharz

Doktor nauk prawnych, asystent w Katedrze Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego, stypendysta START 2017 Fundacji na rzecz Nauki Polskiej, laureat „Diamentowego Grantu", nagrody DAAD Societas Humboldtiana Polonorum *za projekt o zarządzaniu commons; dyrektor Fundacji „Utriusque Iuris".*

✉ *grzegorz.blicharz@uj.edu.pl*

Tomasz Kisielewicz

Doktor nauk technicznych, adiunkt na Wydziale Elektrycznym Politechniki Warszawskiej. Członek grup eksperckich Polskiego Komitetu Normalizacyjnego, European Committee for Electrotechnical Standardization oraz International Electrotechnical Commission.

✉ *t.kisielewicz@ee.pw.edu.pl*

Legal Aspects of Governing the Commons Against Technical Challenges of Smart City Development

Every technical evolution has changed cities, their shape, size, transport system and ways of protecting safety. A currently popular idea of a smart city was born out of the need to use the latest advances in information technology – mobile technology, the Internet, development of automatics and robotics, IoT – to upgrade cities and make them "smarter". Proposed projects and ideas pose a number of questions: how to shape legal standards, unify technical standards, and adjust the ownership structure of new technologies so as to meet the requirements of stable urban development, how to address the need for privacy and security that are exposed to greater risk in each integrated network. Among smart city experts a modern city is considered a "system of systems": a technological center: that concentrates data of all objects and entities, especially citizens, influencing the condition of the city. The question to be asked is whether the idea of technological centralization must necessarily mean or inevitably lead to the centralization of social, political or legal spheres.

Wstęp

Każda ewolucja o charakterze technicznym zmieniała miasta, ich kształt, wielkość, komunikację i sposoby dbania o bezpieczeństwo. Tak było chociażby w przypadku rewolucji agrarnej, przemysłowej, technicznej – i tak jest dzisiaj, w dobie błyskawicznej ewolucji technologicznej. Rozwojowi technicznemu towarzyszyły regulacje prawne, które służyły także unowocześnianiu miast. Tak było w 1844 r. w Wielkiej Brytanii, gdy zdefiniowane zostały wymogi techniczne i sanitarne budynków

na obszarze Londynu[1], a także w 1852 r. w Paryżu, gdzie nowe prawo wywłaszczeniowe pozwoliło urbaniście Georges'owi Haussmannowi na swobodne ukształtowanie przestrzeni architektonicznej miasta[2]. Niezwykle popularna obecnie idea inteligentnego miasta (ang. *smart city*) zrodziła się z potrzeby wykorzystania najnowszych osiągnięć informatycznych – technologii mobilnych, internetu, rozwijającej się automatyzacji oraz robotyzacji przedmiotów codziennego użytku – na potrzeby unowocześnienia miast i uczynienia ich bardziej przyjaznymi[3]. Jednym z rozwiązań wprowadzanych w polskich miastach jest integrowanie oraz zinformatyzowanie sieci elektroenergetycznej, zarówno na poziomie całego miasta, jak i odpowiednich urządzeń instalowanych u indywidualnych odbiorców, a zatem tworzenie inteligentnej sieci (ang. *smart grid*). Obecny kontekst europejski sprzyja zrównoważonemu rozwojowi aglomeracji miejskich w oparciu o założenia *smart city*[4]. Taka koncepcja umożliwia wzrost ekonomiczny, a przede wszystkim zrównoważony rozwój samych miast i społeczności. Podstawą tych działań jest przyjęta strategia Europa 2020, która uwzględnia m.in. priorytety w obszarze energii, klimatu, cyfrowej strategii jednolitego rynku. Proponowane realia tworzą nowe wielopłaszczyznowe możliwości i wyzwania dla społeczności. Tworzone standardy techniczne stanowią istotne narzędzia generowania rozwoju europejskich miast w oparciu o pryncypia możliwe do zastosowania praktycznie w każdej sytuacji. Podejście to ułatwia jednocześnie instytucjonalną współpracę, umożliwiając zachowanie pełnej transparentności m.in. w obszarach technicznych, w zakresie wdrażania przyjętych strategii europejskich. Sprzyja to również korzystaniu z najlepszych międzynarodowych praktyk w obszarze miast i społeczności, określonemu angażowaniu się mieszkańców w utrzymanie miast i współtworzenie społeczności, jak i stanowi punkt odniesienia dla inicjatyw oraz projektów Unii Europejskiej. Istotne, że koncepcja *smart city* nie jest ograniczona tylko do obszaru europejskiego, lecz stanowi wyzwanie dla największych gospodarek świata. Jednak nie wszystkie państwa popierają ideę inteligentnych miast, a także eksperci zarządzania i urbanistyki nie zajmują jednomyślnego stanowiska[5]. W ramach przedstawianych projektów czy przy okazji wprowadzanych zmian pojawiają się wszak liczne pytania związane ze zwiększonym ryzykiem w zintegrowanej sieci, jak np. o sposób tworzenia standardów prawnych, możliwość unifikacji standardów technicznych, relację struktury własnościowej nowych technologii do wymogów stabilnego rozwoju miast, uwzględnianie potrzeby ochrony prywatności[6] i zapewnienia bezpieczeństwa. Piszącym

1 *Metropolitan Building Act of 1844*, 7th & 8th. Vict. Cap. 84. Por. F. Russo, C. Rindone, P. Panuccio, *European plans for the smart city: from theories and rules to logistics test case*, „European Planning Studies" 2016, vol. 24, nr 9, s. 1710.

2 *Décret du 26 mars 1852 relatif aux rues de Paris*, Bull. des Lois, 10e S., B. 514, n° 3914. Por. M. Lacave, *Stratégie d'expropriation et haussmannisation: l'exemple de Montpellier*, „Annales. Économies, Sociétés, Civilisations" 1980, vol. 35, nr 5, s. 1011–1015; F. Russo, C. Rindone, P. Panuccio, *European plans*…, dz. cyt., s. 1710.

3 T. Campbell, *Foreword* (w:) D. Araya (ed.), *Smart Cities as Democratic Ecologies*, New York 2015, s. XIV, XV; V. Albino, U. Berardi, R.M. Dangelico, *Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives*, „Journal of Urban Technology" 2015, vol. 22, nr 1, s. 4.

4 Zob. European Parliament, *Mapping smart cities in the EU*, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET(2014)507480_EN.pdf (dostęp 22.05.2017).

5 M.in. krytycznie do idei czysto technologicznego *smart city* promowanego przez wielkie korporacje odniosło się *Center of Governance* na Uniwersytecie w Ottawie, por.: V. Albino, U. Berardi, R.M. Dangelico, *Smart Cities*…, dz. cyt., s. 4; A. Wiig, *IBM's smart city as techno-utopian policy mobility*, „City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Policy, Action" 2015, vol. 19, nr 2–3, s. 258. Przeciwko tworzeniu *smart cities* opowiedziało się także *Forum for Urban Governance and Commons* (indyjskie forum zarządzania miastami), zob. *Smart city project threat to democracy*, „The Hindu", 25.06.2016, http://www.thehindu.com/news/cities/bangalore/'Smart-city-project-threat-to-democracy'/article14399871.ece (dostęp: 24.05.2017); por. krytyczne uwagi o *smart city*: S. Poole, *The truth about smart cities: 'In the end, they will destroy democracy'*, „The Guardian", 17.12.2014, https://www.theguardian.com/cities/2014/dec/17/truth-smart-city-destroy-democracy-urban-thinkers-buzzphrase (dostęp: 24.05.2017).

6 L. Edwards, *Privacy, Security and Data Protection in Smart Cities: a Critical EU Law Perspective*, „CREATe Working Paper" 2015, nr 11, s. 1.

o *smart city* bliskie jest spojrzenie na nowoczesne miasto jako na „system systemów": ośrodek, który ma służyć centralizacji technologicznej, skupia dane na temat działania wszelkich podmiotów i przedmiotów wpływających na kondycję miasta[7]. Dzięki temu może zostać z jednej strony osiągnięta duża automatyzacja, która będzie prowadziła do stopniowego ułatwiania codziennych czynności, a z drugiej strony – niezwykła efektywność oraz oszczędność w korzystaniu z energii, wody, samochodów etc.

będzie miał *local government* nie w tylko w relacji państwo – miasta, lecz także w stosunkach metropolia – gminy, czy też gmina – dzielnice, a wreszcie miasto – mieszkaniec?

1. *Techniczne wyzwania rozwoju* smart city

W zrównoważonym i skoordynowanym rozwoju inteligentnych miast i społeczności istotnym elementem jest standaryzacja wspierająca kompleksowo ten proces[10]. Praktyki wykazują, że wypracowane normy

Czy idea centralizacji technologicznej musi oznaczać centralizację społeczną, polityczną lub prawną miasta albo nieuchronnie do niej prowadzić? *Smart city* nie składa się tylko z technologicznych rozwiązań, lecz przede wszystkim z ludzi, którzy powinni mieć wpływ na kształtowanie się miasta, aby projekt jego unowocześnienia okazał się skuteczny.

Pytanie, które należy postawić, sprowadza się do tego, czy idea centralizacji technologicznej musi oznaczać centralizację społeczną, polityczną lub prawną miasta albo nieuchronnie do niej prowadzić. Pytanie to staje także przed prawodawcami krajowymi oraz decydentami na płaszczyźnie unijnej. Wszak nawet Parlament Europejski zauważył w swoim raporcie, że *smart city* nie składa się tylko z technologicznych rozwiązań, lecz przede wszystkim z ludzi, którzy powinni mieć wpływ na kształtowanie się miasta, aby projekt jego unowocześnienia okazał się skuteczny[8]. Stąd wśród celów, jakie ma spełniać optymalny projekt *smart city*, wskazano m.in. wspieranie inicjatyw oddolnych (ang. *bottom-up*)[9]. Jakie zatem znaczenie techniczne stanowią kluczowy element prac wdrożeniowych. Zasadniczo normy ułatwiają komunikację na wszystkich poziomach realizacji przedsięwzięć. Należy tutaj wymienić, że w obszarze inteligentnych miast i społeczności powinno się zwrócić uwagę przede wszystkim na dokumenty wypracowane w ramach Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ang. *International Telecommunication Union* – ITU), Międzynarodowej Komisji Elektrotechnicznej (ang. *International Electrotechnical Commission* – IEC) oraz Międzynarodowej Organizacji Normalizacyjnej (ang. *International Organization for Standardization* – ISO), odpowiednio uwzględniając uwarunkowania krajowe wraz z powiązaną dokumentacją[11].

7 F. Russo, C. Rindone, P. Panuccio, *European plans…*, dz. cyt., s. 1714.

8 European Parliament, *Mapping smart…*, dz. cyt. s. 77.

9 Tamże, s. 86.

10 *Report of the World Smart Cities Forum & SDOs meeting on 13–14 July 2016 in Singapore.*

11 *European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities Operational Implementation Plan: First Public Draft.*

W związku z potrzebą ujednolicenia oraz regulowania rynku telekomunikacyjnego i radiokomunikacyjnego w obszarze inteligentnych miast i społeczności włączone w te prace jest ITU, bezpośrednio zaś tematykę podejmuje ITU-T – Sektor Normalizacji Telekomunikacji ITU-T, zajmujący się omawianą problematyką[12]. Taki stan rzeczy wynika głównie z dużego zainteresowania firm z sektora ICT (od ang. *information and communication technologies*) w realizacji przyszłych projektów, a tym samym z potrzeby wytworzenia jednolitych – co do funkcji – produktów i usług. ITU rozpoczęło pierwsze prace w obszarze inteligentnych miast i społeczności od Internetu rzeczy (ang. *Internet of Things* – IoT) już w 2008 roku. Następnie w 2013 r. został powołany zespół *Focus Group 5* – w obszarze środowiska i inteligentnego miasta kooperujący z zespołem *Focus Group 20* typującym potrzeby normalizacyjne w obszarze nowych technologii. Podejście to umożliwiło wskazanie kolejnych zespołów eksperckich ukierunkowanych na opracowanie możliwych ramowych rozwiązań już w określonym obszarze aplikacji, jak np. inteligentny system zarządzania wodą (ang. *Smart Water Management* – FG SWM). Wszystkie podejmowane przez ITU-T prace mają na celu wsparcie międzynarodowej inicjatywy w ramach UN Habitat (ang. *United Nations Human Settlements Programme*)[13].

W ramach IEC grupa oceny systemów (SEG) wytypowała trzy zasadnicze filary w omawianej tematyce oraz odpowiadające im grupy eksperckie. Powołana została grupa SEG 1 do inteligentnych miast (*smart cities*), SEG 2 do inteligentnych sieci (*smart grid*) oraz SEG 3 do monitorowania przydatności wytworu (ang. *Active Assisted Living* – AAL). IEC SEG 1 dla inteligentnych miast ocenia odpowiednie prace i proponuje ustanowienie możliwego modelu architektury referencyjnej, priorytetów standaryzacji, zbioru definicji. Ponadto mapuje ściśle powiązane działania we współpracy z ISO i innymi organizacjami, forami i konsorcjami w obszarze inteligentnych miast oraz społeczności. W celu realizacji tego zadania IEC SEG 1 powołało siedem grup roboczych, odpowiednio: WG 1 – Ciągłość usługi w mieście; WG 2 – Planowanie przestrzenne i system symulacji; WG 3 – Zarządzanie obiektami miasta (CFM); WG 4 – Użycie przypadku, inteligentny dom; WG 5 – Użycie przypadku, inteligentna edukacja; WG 6 – Ocena miast inteligentnych; WG 7 – Rozwój standardów dla inteligentnych miast[14]. Zrealizowane prace w wymienionych grupach roboczych umożliwiły dalsze wytypowanie priorytetów normalizacyjnych oraz rozwój międzynarodowych standardów dla inteligentnych miast.

W kontekście inteligentnych miast i społeczności ISO koncentruje się przede wszystkim na pomiarze wydajności aglomeracji miejskich w ujęciu holistycznym. Podczas pomiaru pod uwagę brane są zasadniczo trzy podejścia – od strony mieszkańców, administracji oraz aspektów środowiskowych[15]. Parametryzacja ta ukierunkowana jest na zniwelowanie strat wynikających z zarządzania infrastrukturą miejską, a przede wszystkim na poprawę jakości życia i zapewnienia lepszej przyszłości dla następnego pokolenia. Wśród prowadzonych działań zdecydowanie warto wymienić rezultaty prac komitetu ISO/TC 268 odpowiedzialnego za zrównoważony rozwój społeczny (*Sustainable development in communities*). Komitet ten wypracował przejrzysty sposób pomiaru wydajności inteligentnych miast odnoszący się do czternastu podstawowych wskaźników[16].

Dokument *Zrównoważony rozwój społeczny – Wskaźniki usług miejskich i jakości życia* stanowi część nowej serii norm międzynarodowych opracowanych w 2017 r. na potrzeby holistycznego oraz zintegrowanego podejścia do zarządzania inteligentnymi miastami. Pomiar wydajności miast określony jest za pośrednictwem szeregu wskaźników, m.in. gospodarka, edukacja, energia, środowisko, finanse, straż pożarna i reagowanie kryzysowe, administracja, zdrowie, rekreacja, bezpieczeństwo, schroniska, odpady stałe, telekomunikacja i innowacje, transport, planowanie przestrzenne, ścieki, woda i usługi sanitarne. Wymienione wskaźniki zostały zdefiniowane,

12 C. Bueti, *Overview of the activities of ITU-T Focus Group on Smart Sustainable Cities*, ITU-T Study Group 5, 26 March 2015.

13 K. Helmrich, *Standardization in the Smart City*, Urban Nexus Workshop, 5–7 November 2014.

14 *Report of the World…*, dz. cyt.

15 G. Colclough, *The ISO/TMB Smart Cities Strategic Advisory Group (S_Cities SAG)*, ITU Forum: Sustainable smart cities: from vision to reality, 13 October 2014.

16 PN-ISO 37120:2015-03, *Zrównoważony rozwój społeczny – Wskaźniki usług miejskich i jakości życia*, 2017.

Zestawienie wybranych wskaźników usług miejskich

Wskaźnik	Podstawowy	Pomocniczy
Energia	1. Całkowite zużycie energii elektrycznej przeznaczonej dla gospodarstw domowych na mieszkańca (kWh/rok) 2. Odsetek ludności miejskiej otrzymującej autoryzowane usługi energetyczne 3. Zużycie energii przez budynki publiczne na rok (kWh/m^2) 4. Odsetek całkowitej energii uzyskanej ze źródeł odnawialnych, jako część całkowitego miejskiego zużycia energii	1. Całkowite zużycie energii na mieszkańca (kWh/m^2) 2. Średnia liczba przerw w dostawie energii na klienta na rok 3. Średnia długość przerw w dostawie energii
Telekomunikacja	1. Liczba połączeń z internetem na 100 000 mieszkańców 2. Liczba posiadanych telefonów komórkowych na 100 000 mieszkańców	1. Liczba posiadanych telefonów stacjonarnych na 100 000 mieszkańców

Źródło: PN-ISO 37120:2015-03.

aby wesprzeć obranie właściwych prac miejskich na przestrzeni czasu lub dokonać prostego porównania pomiędzy różnymi miastami. Zbiór znormalizowanych wskaźników zapewnia ujednolicone podejście do tego, co jest mierzone – i w jaki sposób pomiar ma zostać przeprowadzany. Wykaz ten nie dostarcza oceny wartości, progu lub docelowej wartości liczbowej dla wskaźników. Zaproponowana metodologia wraz z wskaźnikami mogą być wykorzystywane do śledzenia i monitorowania postępów miasta w zakresie działania usług miejskich oraz jakości życia, a także do wspomagania miast w ustalaniu celów i monitorowaniu wyników. Zrównoważony rozwój osiągany jest dzięki bieżącemu monitorowaniu całego systemu miejskiego i podejmowaniu stosownych czynności decyzyjnych. Planowanie i zarządzanie potrzebami uwzględnia bieżące wykorzystanie i efektywność zasobów, w celu podniesienia optymalizacji procesów.

Wymienione wcześniej wskaźniki i związane z nimi metody badań zostały opracowane, aby wesprzeć miasta w obszarze[17]:

- pomiaru zarządzania usługami miejskimi i jakością życia na przestrzeni czasu;
- procesu uczenia i korzystania z wypracowanych praktyk, umożliwiając porównanie w szerokim zakresie pomiaru potencjalnych działań;
- wymiany najlepszych praktyk.

17 Tamże.

Zaproponowane w PN-ISO 37120:2015-03 wskaźniki podzielone zostały na:

- wskaźniki podstawowe – wskaźniki, które są wymagane w celu wykazania wydajności w zakresie świadczenia usług miejskich oraz jakości życia;
- wskaźniki pomocnicze – wskaźniki, które są zalecane w celu wykazania wydajności w zakresie świadczenia usług miejskich i jakości życia;
- wskaźniki profilowe – wskaźniki, które zapewniają podstawowe dane statystyczne oraz podstawowe informacje, które pomogą miastom ustalić, do których miast mogą się porównywać. Wskaźniki profilowe są stosowane jako odniesienie informacyjne.

W tabeli przedstawiono przykładowe wskaźniki w obszarze energii oraz telekomunikacji, nawiązując do podstawowej infrastruktury technicznej miast.

Można zauważyć, że przedstawione w normie wskaźniki, zarówno podstawowe, jak i pomocnicze, ułatwiają prowadzenie złożonego i skomplikowanego procesu planistycznego miast. Podejście to ułatwia również przyjęcie właściwych działań dla wdrożenia określonej polityki miejskiej.

Zarządzanie energią w miastach stanowi złożony wielopodmiotowy i wielopłaszczyznowy proces decyzyjny. Wraz z rozwojem technologii możliwe jest odejście od centralnych źródeł energii w kierunku suplementarnych, zdecentralizowanych źródeł odna-

wialnych zasobów energetycznych, jednakże z pewnymi uwarunkowaniami. Koncept inteligentnej energii w miastach umożliwia optymalne wykorzystanie lokalnych zasobów energetycznych, a tym samym poprawę warunków środowiskowych. Wymusza to jednak wypracowanie m.in. odpowiedniej polityki własnościowej w sektorze energetycznym na szczeblu lokalnym. Założenia projektu inteligentnej energii w miastach powinny nawiązywać do lokalnie prowadzonego zrównoważonego planu energetycznego. Wdrażanie konceptu inteligentnej energii w miastach wymaga między innymi wypracowania innowacyjnego podejścia do integracji odnawialnych źródeł energii oraz wysokiej jakości usług energetycznych. Natomiast samo zarządzanie energią może być m.in. wspierane poprzez praktyki wypracowane w ramach repozytorium przypadków użycia, archiwizacji danych czy koordynacji prac zespołów obsługujących sektor energetyczny.

Wdrożenie konceptu inteligentnej energii w miastach wymaga zmian w istniejącej tam infrastrukturze sieciowej. Zmiany w konfiguracji obejmują następujące elementy:

- konwergencję narzędzi / ICT;
- odnawialne źródła energii;
- zwiększoną elastyczność i niezawodność sieci zasilających;
- wprowadzenie szczytów kontrolnych, redukowanie strat energii, skuteczność i bezpieczeństwo dostaw energii;
- wsparcie wymiany informacji i komunikacji;
- integrację usług mobilności.

Zarządzanie energią w miastach stanowi złożony wielopodmiotowy i wielopłaszczyznowy proces decyzyjny. Wraz z rozwojem technologii możliwe jest odejście od centralnych źródeł energii w kierunku suplementarnych, zdecentralizowanych źródeł odnawialnych zasobów energetycznych, jednakże z pewnymi uwarunkowaniami.

IEC 62559-4[18] oraz zawarte w dokumentach uzupełniających dla inteligentnej energii[19]. W przytoczonych dokumentach przedstawione zostały najlepsze praktyki dotyczące zarządzania procesem, a w przypadku inteligentnej energii również dodatkowe elementy, jak np. rekomendowane umiejętności osób, sposoby zarządzania przypadkami użycia, prowadzenie

W procesie wdrożeniowym na terenie Europy pomocne są dotychczasowe osiągnięcia m.in. grupy koordynacji sieci inteligentnych CEN (*European Committee for Standardization*) – CENELEC (*European Committee for Electrotechnical Standardization*) – ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*) i wypracowany model architektury *Smart Grids*. Warto wspomnieć, że prowadzone prace normalizacyjne dotyczą m.in. obszaru cyberbezpieczeństwa, ochrony danych i prywatności – jako kluczowego zagadnienia dla konsumentów. Napotykane luki standaryzacyjne są stosownie odnotowywane i podlegają priorytetyzacji pomocnej w realizacji dalszych prac normali-

18 IEC 62559-4/TR/Ed1: *Methodology for developing requirements for energy systems – Part 4: Best Practices in Use Case Development for IEC processes and company projects.*

19 IEC 62559-2:2015: *Use case methodology – Part 2: Definition of the templates for use cases, actor list and requirements list.*

zacyjnych. Natomiast zadaniem nadrzędnego komitetu systemowego IEC – Inteligentna Energia (SyC SE) jest przygotowanie i koordynowanie tych prac we współpracy z innymi komitetami technicznymi, międzynarodowy rozwój norm i innych produktów, z naciskiem na ogólne aspekty systemu energii elektrycznej, systemów zaopatrzenia i akceptowalnej równowagi pomiędzy kosztami a jakością dla użytkowników energii elektrycznej. Podejmowane przez IEC prace dotyczą zarówno systemu zaopatrzenia w energię elektryczną, który obejmuje sieci przesyłowe i dystrybucyjne, jak również podłączonych urządzeń użytkowników (generatorów i baterii) wraz z ich interfejsami sieciowymi.

Podejmowane przez IEC prace ukierunkowane są na osiągnięcie następujących celów:

- opracowanie ujednoliconej metodologii określania i definiowania wymagań użytkownika inteligentnej energii w spójny i jednoznaczny sposób, odnosząc się do aspektów technicznych i pozatechnicznych wspierających pomoc w zdefiniowaniu podstawowych założeń;
- sprecyzowanie i rozgraniczenie wymagań użytkownika oraz specyfikacji technicznej dla inteligentnej energii;
- określenie wszystkich wymagań użytkowników w celu wypracowania podstawowych koncepcji automatyki i systemów sterowania;
- zapewnienie metod do testowania systemów inteligentnej energii bez względu na zastosowaną technologię.

W wyniku przeglądu etapowego podejścia do opracowania specyfikacji systemów użytkownika inteligentnej energii w oparciu o rekomendacje[20] proponuje się następujące stadia rozwoju:

Etap 1: Kierownictwo zaangażowane w proces decyzyjny wykorzystuje modele biznesowe w zatwierdzaniu projektów w celu sprostania założonym wymogom. Etap ten obejmuje decyzje wykonawcze podejmowane w oparciu o uzasadnienie kosztów oraz innych nietechnicznych czynników, z punktu widzenia architektury systemów. Podstawą kierownictwa w podejmowaniu decyzji i zatwierdzaniu projektów jest realizacja strategicznych problemów związanych z wizją w sprawach biznesowych.

Etap 2: Zainteresowane strony uzgadniają wymagania przypadków użycia w trybie formalnym. Określone przypadki użycia pozwalają ekspertom na sformułowanie bardziej szczegółowych funkcji wraz z wymaganiami w następnej fazie.

Etap 3: Inżynierowie projektu doprecyzowują funkcje przypadków użycia inteligentnej energii, które zostały opracowane przez ekspertów z dziedziny, w celu podniesienia wydajności, uwzględniając uwarunkowania lokalne.

Etap 4: Inżynierowie projektu i specjaliści IT oceniają przydatność do projektu standardów, technologii i najlepszych praktyk zidentyfikowanych w ramach odpowiedniego przeglądu technologii.

Etap 5: Inżynierowie projektu opracowują specyfikacje techniczne oparte na przyjętej wizji strategicznej, podejściu taktycznym, obowiązujących normach i wizji architektury.

Najbardziej obrazowym przykładem proponowanych kierunków rozwoju inteligentnych miast –na płaszczyźnie europejskiej oraz w polskich warunkach – jest logistyka i transport miejski, który ma zasadnicze znaczenie dla każdej sfery życia codziennego w miastach. Podkreślając istotę tego obszaru, należy wymienić chociażby zaopatrywanie sklepów, przedsiębiorstw, co w praktyce stanowi dość zróżnicowany ciąg usług, np. dostarczania dostaw do domów, zaopatrywania budynków w materiały eksploatacyjne, usuwania odpadów itp. Chociaż logistyka i transport stanowią niewielką część całego ruchu miejskiego, nieefektywne planowanie i zapewnienie ciągłości powiązanych usług może mieć duży wpływ na zator, hałas, zanieczyszczenie powietrza i emisję gazów cieplarnianych[21]. Opóźnienia w transporcie powodują również obniżenie zysków ekonomicznych. Zatem priorytetem w tym zakresie, a tym samym celem może być sprawna i niskoemisyjna logistyka transportu towarowego, możliwa do osiągnięcia poprzez inteligentne zarządzanie technologią i usługami miejskimi. Koncepcja ta może przyczynić się do poprawy komunikacji, np. między przedsiębiorstwami, klientami,

20 IEC 62559-4/TR/Ed1: *Methodology for developing…*, cyt. wyżej.

21 *European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities Operational Implementation Plan: First Public Draft.*

i tym samym zmniejszyć ogólne zużycie energii. Jest to możliwe dzięki aplikacjom ICT, umożliwiającym lepszą analizę, planowanie i organizację w zakresie sprzętu transportowego, a także planowanie i zarządzanie innowacjami, np. w obszarze paliw alternatywnych i elektryfikacji[22].

Skoordynowane działania wdrożeniowe w obszarze logistyki i transportu miejskiego mogą sprowadzać się do[23]:

- inicjatyw miejskich mających na celu poprawę współczynników obciążeń oraz planowanie wyjazdów służbowych i dostaw;
- stworzenia nowych systemów dystrybucji i przestrzeni dostawy, a tym samym do przełączania modeli biznesowych;
- dostaw poza szczytem;
- zwiększenia wykorzystania trybów pozaplanowych, m.in. kolei, dróg wodnych, na rzecz wczesnego wprowadzenia nowych rozwiązań;
- wspierania elektryfikacji, w tym centrów logistycznych wokół flot pojazdów elektrycznych;
- zintegrowania planowania przestrzennego w celu najlepszego zarządzania popytem na obszarach miejskich, na przykład dla tworzenia centrów konsolidacji i dystrybucji w obszarach miejskich (wokół stacji głównego dworca kolejowego i dróg wodnych, ośrodków w pobliżu stacji metra lub tramwaju), aby umożliwić nowe rozkłady i wzorce usług;
- tworzenia stref niskoemisyjnych w celu ograniczenia dostępu ciężkich samochodów ciężarowych lub wyznaczanie specjalnych korytarzy dla pojazdów dostawczych;
- utworzenia platform i narzędzi, aby lepiej dzielić się doświadczeniami z dużych programów pilotażowych z obszaru inteligentnych miast i społeczności.

Prace nad miejskimi aplikacjami logistycznymi mogą obejmować następujące priorytety:

- oprogramowanie do zarządzania i polityki lokalnej oraz potrzeb w zakresie transgranicznej harmonizacji mające na celu umożliwienie lepszego rozwój rynku,
- opracowanie narzędzi ICT dla władz miasta w celu lepszego koordynowania i optymalizacji logistyki w miastach (informacje, dane, modelowanie, przewidywanie lepszego planowania i regulacja).

Prace w obszarze ustawienia odpowiednich zachęt, działań wspierających obejmują:

- określenie modeli i standardów dla zrównoważonej logistyki w mieście;
- dostosowanie przepisów dotyczących dostępu do miejskich centrów miast, np. określenie ram czasowych dla ograniczenia pojazdów, elektroniczna kontrola dostępu, strefy środowiskowe, lub tworzenie „stref wolnych od zanieczyszczeń";
- bodźce finansowe zachęcające firmy transportowe do zakupu samochodów elektrycznych czy hybryd w kierunku logistyki zerowej emisji;
- etykietowanie i certyfikację programów dla towarzystw towarowych, ich dostawców i konsumentów;
- włączenie transportu do lokalnych planów i polityk wykorzystania gruntów: planowanie i adaptacja;
- zrównoważone plany mobilności w mieście, np. wsparcie partnerstwa towarowego w celu zachęcania do dzielenia się i łączenia pojazdów i frachtu.

Skuteczne działania w obszarze logistyki i transportu miejskiego wymagają wkładu i wsparcia ze strony większego grona podmiotów. W tym celu niezbędne jest rozwijanie szerokiego partnerstwa, którym byłyby zainteresowane lokalne władze, mieszkańcy, pracownicy – kierowcy pojazdów i przedsiębiorcy. Postęp prac wdrożeniowych można monitorować w odniesieniu do szeregu stałych wskaźników i wyników. Grupę potencjalnych wskaźników może stanowić np. zwiększona niezawodność dostaw (w oparciu o właściwie opracowane sprawozdania oraz wykorzystywanie danych dotyczących średnich opóźnień dostaw); liczba nowych aplikacji ICT ułatwiających lepszą analizę, planowanie i organizację; zwiększenie wykorzystania czystszych, alternatywnych pojazdów elektrycznych; liczba centrów dystrybucji miejskiej; liczba stref wolnych od zanieczyszczeń środowiska. Pozytywnymi rezultatami tych działań są np. zmniejszenie emisji gazów cieplarnianych w logistyce transportu towarowego

22 Tamże.

23 *Report of the World…*, dz. cyt.

na obszarach miejskich, obniżone koszty logistyki transportu czy zmniejszenie zanieczyszczeń powietrza.

2. Smart city *jako wyzwanie dla planowania i zarządzania miastami*

Największy rozwój badań nad miastami inteligentnymi odnotowuje się w naukach technicznych i informatycznych. W szczególności udoskonalanie narzędzi badawczych pozwala na zmianę dotychczasowej architektury miast. Jednakże tworzenie *smart city* nie może abstrahować od wprowadzania nowych rozwiązań technologicznych oraz odpowiednich sposobów planowania i zarządzania. Coraz częściej zaczynają pojawiać się pytania, jak gospodarować tym wspólnym dobrem, jakim jest przestrzeń miejska[24]. Stanowi ona dobro, nad którym mieszkańcy mają wspólną pieczę (*in common*). Poszukiwanie warunków pozwalających na skuteczną współpracę podmiotów, którym zależy na wspólnym rozwiązaniu określonego problemu społecznego, było także celem badań naukowych Vincenta i Elinor Ostrom. Vincent Ostrom oddany był idei federalizmu oraz faktycznego pozostawiania spraw społecznych i dotyczących zarządzania wspólnymi dobrami w rękach jednostek. Natomiast E. Ostrom udowodniła, że samorządne rozwiązywanie tego rodzaju spraw w przypadku społeczności lokalnych jest nawet bardziej skuteczne niż mechanizmy interwencji państwowej za pomocą określonych instytucji i struktur prawnych bądź stosowania teorii ekonomicznych w zakresie funkcjonowania wolnego rynku. Warto zatem zapytać, w jaki sposób ta koncepcja zarządzania specyficznymi dobrami, jakkolwiek o dużym znaczeniu dla danej społeczności – od których kondycji niejednokrotnie zależy „przeżycie" danej wspólnoty (*commons*) – może znaleźć zastosowanie do idei *smart city* oraz kształtowania regulacji prawnych, które mają służyć jej realizacji.

Piszącym o *smart city* bliskie jest spojrzenie na nowoczesne miasto jako na „system systemów": ośrodek, który ma służyć centralizacji zarządzania miastem i unifikacji technologicznej. Tymczasem wśród specjalistów z zakresu zarządzania i urbanistyki pojawia się krytyka wyobrażenia *smart city* jako modelu zarządzanego *top-down* (odgórnie), ze scentralizowaną infrastrukturą[25]. W dużej mierze krytyka ta bierze się z obaw o skuteczną ochronę prywatności mieszkańców, o ich wyobcowanie z lokalnych struktur przez narzucanie globalnych rozwiązań, które często nie są w stanie uwzględnić specyfiki danego miasta czy społeczności. Skoro w dyskusji nad modelem zarządzania *smart city* pojawiła się już refleksja porównująca inteligentne miasto do zasobu wspólnego (*commons*), na który powinna mieć wpływ sama społeczność, a nie tylko państwo bądź korporacje[26], zasadne jest także

Skuteczne działania w obszarze logistyki i transportu miejskiego wymagają wkładu i wsparcia ze strony większego grona podmiotów. W tym celu niezbędne jest rozwijanie szerokiego partnerstwa, którym byłyby zainteresowane lokalne władze, mieszkańcy, pracownicy – kierowcy pojazdów i przedsiębiorcy.

24 V. Niaros, *Introducing a Taxonomy of the "Smart City": Towards a Commons-Oriented Approach?*, „tripleC" 2016, vol. 14, nr 1, s. 51–61.

25 Tamże, s. 51.

26 Tamże.

odwołanie do refleksji dwojga amerykańskich badaczy E. i V. Ostrom nad sposobem administrowania miastami. Już u początku swoich badań V. Ostrom zajmował się poszukiwaniem bardziej efektywnych sposobów zarządzania amerykańskimi metropoliami. Praca doktorska, którą obronił w 1950 r. na Uniwersytecie Kalifornijskim w Los Angeles (UCLA), dotyczyła sposobu gospodarowania wodą w Los Angeles[27]. Już w tej niezwykle inspirującej analizie V. Ostrom dochodzi do wniosku, że woda jako dobro wspólne w tej metropolii powinna być zarządzana w zróżnicowany sposób: „The administration of water transportation and power generation required close integration, the completely divergent character of the water and electrical distribution system permitted substantial autonomy of these phases of the operational organization"[28]. Na podstawie badań empirycznych V. Ostrom doszedł do wniosku, że mnogość podmiotów decyzyjnych w strefie metropolitalnej nie jest patologią systemu politycznego. Sprzeciwił się też popularnemu wówczas reformowaniu metropolii w kierunku ustanawiania scentralizowanego systemu zarządzania, tzw. *gargantua*[29]. Wykazywał, że centra decyzyjne administracji państwowej w metropolii powinny ulegać rozczłonkowaniu na poszczególnych szczeblach, co miałoby stanowić nie o zagrożeniu „zorganizowanym chaosem", lecz o szansie wynikającej z policentrycznego porządku politycznego. *Polycentricity*, koncepcja której Ostrom był do końca swojej twórczości wierny, z powodzeniem rozwijana w dalszych pracach, to sposób zarządzania wspólnotami miejskimi zakładający decentralizację ośrodków decyzyjnych. Każdy z nich ma swoje własne kompetencje ograniczone do danego terytorium bądź do określonego zakresu spraw wspólnoty[30]. Formalnie

Vincent Ostrom doszedł do wniosku, że mnogość podmiotów decyzyjnych w strefie metropolitalnej nie jest patologią systemu politycznego. Centra decyzyjne administracji państwowej w metropolii powinny ulegać rozczłonkowaniu na poszczególnych szczeblach, co miałoby stanowić nie o zagrożeniu „zorganizowanym chaosem", lecz o szansie wynikającej z policentrycznego porządku politycznego.

27 V. Ostrom, *Government and Water: A Study of the Influence of Water upon Governmental Institutions and Practices in the Development of Los Angeles*, https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3608/VO_Diss.pdf?sequence=1) (dostęp: 4.07.2017).

28 Tamże, s. 366 – zob. rozdz. X, podt. *Water and Municipal Administration*.

29 V. Ostrom, Ch.-M. Tiebout, R. Warren, *The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry*, „American Political Science Review" 1961, nr 51, s. 831.

30 P.D. Aligica, V. Tarko, *Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond*, „Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions" 2012, vol. 25, nr 2, s. 237; Por. G. Blicharz, *Decodification, Common Good, and Responsible Societies. Beyond the Elinor Ostrom's Theory of Governing the Commons* (w:) A.I. Vargas, D. van Schalkwijk, G.A. Bastarreche (eds.), *Transcendence and Love for a New Global Society*, Cuadernos de Pensamiento Español 2017, s. 96.

niezależne od siebie podmioty w istocie są faktycznie powiązane między sobą przez wzajemne zależności, wspólne problemy, tak liczne w przypadku społeczności miejskiej. W ten sposób niejako wymuszana jest współpraca między nimi. Wszak aby zrealizować zakładane cele, często muszą one zawierać między sobą porozumienia, negocjować, zapewniać wzajemne świadczenia, a także – co nie jest bez znaczenia – konkurować między sobą[31] czy to w zakresie dostarczaniu usług, czy dbałości o bezpieczeństwo. Wreszcie, ze względu na możliwość konfliktów między poszczególnymi centrami decyzyjnymi, konieczne staje się w pewnym momencie sformułowanie reguł działania podmiotów publicznych, co czyni je bardziej transparentnymi dla mieszkańców (ang. *conflict resolution*). Tego rodzaju system powiązań, tj. o charakterze policentrycznym, pozwala zdaniem V. Ostroma na większą przewidywalność w zarządzaniu sferą publiczną i może dawać lepsze efekty dla całej społeczności[32]. Potwierdziły to w latach 70. szeroko zakrojone badania nad reformą sieci lub rozmieszczenia komend policji, które prowadzono w 80 obszarach metropolitalnych, m.in. w Indianapolis, Chicago, St. Louis, Grand Rapids czy Nashville[33]. Celem było sprawdzenie, czy pomysł na likwidowanie mniejszych komend policji i ich centralizowanie pozytywnie wpływa na bezpieczeństwo oraz na lepszą koordynację działań. Okazało się, że w żadnej metropolii większe, scentralizowane komendy policji nie były bardziej efektywne w wykrywaniu przestępczości i budowaniu poczucia bezpieczeństwa mieszkańców niż działania zdecentralizowanych stanowisk policji, zajmujących się mniejszymi obszarami miasta[34]. Stwierdzono nawet przypadki dublowania działań różnych komend policji w stosunku do tego samego obszaru lub grupy mieszkańców[35]. Właśnie zbytnia dekoncentracja komend policji, a przez to niejasne granice stref i nakładanie się jurysdykcji były podawane jako wady systemu dekoncentracji. W istocie większa liczba komend skutkowała lepszą jakością działań policji[36]. Podstawą większego poczucia bezpieczeństwa był przede wszystkim częsty kontakt mieszkańców z funkcjonariuszami policji lub urzędnikami lokalnych sił porządkowych, którzy patrolowali swoje dzielnice, w szczególności w czasie powrotów dzieci ze szkół lub w weekendy (zwłaszcza w czasie nocnym)[37]. Podobne wnioski wyciągane były także w odniesieniu do świadczenia innego rodzaju usług: radiokomunikacji i zaopatrzenia w wodę[38]. Pozwoliły one na sformułowanie trzech mechanizmów, które wpływają pozytywnie na efekty policentrycznego zarządzania metropoliami[39].

Po pierwsze, w małych i średnich miastach lub społecznościach miejskich o niewielkim rozmiarze monitorowanie zachowań mieszkańców i ponoszonych wydatków publicznych jest skuteczniejsze niż w dużych miastach. Po drugie, mieszkańcy mogą „głosować nogami", tzn. przenosić się w obrębie metropolii do rejonu, który zapewnia lepszy zakres świadczonych usług publicznych i związanych z nimi kosztów. Po trzecie, lokalne samorządne społeczności mają w metropolii dużą liczbę potencjalnych kontrahentów, mogą zawierać umowy między sobą, zmieniać strony umów, negocjować dostawy usług, podczas gdy w dzielnicy dużego miasta, zarządzanego centralnie, jednostki pozostają praktycznie bez prawa głosu[40].

Pomysł na policentryczne zarządzanie społecznościami nie był związany tylko z osobą V. Ostroma, choć prapoczątki podejścia policentrycznego można odszukać w jego wspomnianej wyżej pracy doktorskiej

31 V. Ostrom, Ch.-M. Tiebout, R. Warren, *The Organization…*, dz. cyt., s. 831.

32 Tamże.

33 E. Ostrom, *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, „American Economic Review" 2010, nr 100, s. 413; por. V. Ostrom, E. Ostrom, *Public Goods and Public Choices* (w:) M. McGinnis (ed.), *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*, Michigan 1999, s. 88, 90 (przedruk artykułu z 1978 r.). Zob. V. Ostrom, E. Ostrom, *Administrowanie dobrami iusługami publicznymi w świetle badań*, przeł. M. Korzycka-Iwanow, „Administracja" 1989, nr 2; V. Ostrem, *Federalizm amerykański. Tworzenie społeczeństwa samorządnego*, przeł. J. Kubicka-Daab, M. Korzycka-Iwanow, Warszawa–Olsztyn 1994, s. 159–180.

34 E. Ostrom, *Beyond Markets…*, dz. cyt., s. 408.

35 Tamże, s. 413.

36 Tamże.

37 Tamże, s. 414.

38 Tamże, s. 412–413.

39 Tamże, s. 413.

40 Tamże.

z 1950 r. Wprost o policentryczności pisał węgiersko-brytyjski fizykochemik Michael Polanyi, który tym terminem nazwał społeczny system złożony z wielu ośrodków decyzyjnych, mających ograniczone i autonomiczne prerogatywy, a połączonych wspólnymi regułami działania (*set of rules*)[41]. W 1961 r. równolegle i niezależnie od niego V. Ostrom w ten sam sposób nazwał obserwowane przez siebie zjawisko zdecentralizowanej współpracy przy okazji analizy zarządzania metropoliami[42]. Później idea policentryczności, za sprawą niezwykle intensywnych badań Ostromów oraz rozwinięciu pomysłu M. Polanyi'ego przez Fridricha von Hayeka, stała się inspirująca także dla amerykańskiej nauki prawa. Tam starał się ją aplikować Lon Fuller[43]. Dostrzegł on, że większość spraw sądowych stawia przed sędziami zagadnienia o „policentrycznym charakterze"[44]. Argumentował, że konkretna sytuacja, którą sędziemu przychodzi rozwiązywać, w istocie jest skutkiem decyzji wielu osób niereprezentowanych w procesie, a wydany wyrok może wywołać skutki dla znacznie szerszego grona podmiotów niż powód i pozwany, a które nie pojawiają się w ogóle przed tym sędzią[45]. Lon Fuller, analizując pracę sędziego, zauważył, że kluczowe pytanie, które należy postawić, sprowadza się do tego, by określić, jak daleko powinna sięgać prerogatywa sądów – ich kognicja czy dzisiaj tak często dyskutowany tzw. aktywizm sędziego (sądów). Powstaje również pytanie, które sprawy powinny być rozstrzygane przez sądy, a które pozostawione w gestii wolnego rynku bądź poddane procesowi politycznemu. Jak daleko powinna sięgać kompetencja w przedmiocie osądzania spraw[46]? Poddanie zbyt wielu kategorii spraw kognicji sądów nakłada na sędziów konieczność rozstrzygania kwestii bądź o dużym znaczeniu czy skomplikowaniu, może złożonych ekonomicznie bądź spornych politycznie.

Lon Fuller, analizując pracę sędziego, zauważył, że kluczowe pytanie, które należy postawić, sprowadza się do tego, by określić, jak daleko powinna sięgać prerogatywa sądów – ich kognicja czy dzisiaj tak często dyskutowany tzw. aktywizm sędziowski. Poddanie zbyt wielu kategorii spraw kognicji sądów nakłada na sędziów konieczność rozstrzygania kwestii o dużym znaczeniu czy skomplikowaniu, złożonych ekonomicznie bądź spornych politycznie.

41 M. Polanyi, *The Logic of Liberty*, London 1951, s. 170.

42 V. Ostrom, Ch.-M. Tiebout, R. Warren, *The Organization…*, dz. cyt., s. 831, 838. Por. B. Allen, V. Ostrom, *The Quest to Understand Human Affairs*, vol. 1, *Natural Resources Policy and Essays on Community and Collective Choice*, Lanham MD 2011, s. 351.

43 P.D. Aligica, V. Tarko, *Polycentricity…*, dz. cyt., s. 237; por. L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, „Harvard Law Review" 1978, nr 92, s. 394.

44 L. Fuller, *The Forms…*, dz. cyt., s. 397.

45 P.D. Aligica, V. Tarko, *Polycentricity…*, dz. cyt., s. 240.

46 L. Fuller, *The Forms…*, dz. cyt., s. 355.

Zatem sędziowie w szczególnej procedurze – procesie sądowym – są obowiązani uwzględniać szeroki kontekst sytuacyjny, przewidywać dalekosiężne skutki wydanych orzeczeń, także wobec tych podmiotów, które nie są w formalny sposób reprezentowane w procesie. W związku z tym zwiększa się możliwość popełnienia błędu przez sędziego, który może spowodować negatywne konsekwencje społeczne, trudne do przewidzenia przez jednego człowieka wydającego orzeczenie. Biorąc pod uwagę ten punkt widzenia, L. Fuller wskazuje, że właściwszym rozwiązaniem jest policentryczny system rozwiązywania spornych kwestii, który obejmuje nie tylko postępowanie sądowe, lecz także procedury polityczne i rynkowe. Do trzech sposobów porządkowania spraw społecznych zaliczył: zawieranie umów (*contracts*); wybory powszechne (*elections*) oraz wydawanie wyroków (*adjudication*)[47]. Według L. Fullera dokonanie odpowiedniego wyboru w zakresie przydzielania spornych spraw do sfery negocjacji i głosowania politycznego może dać lepsze społeczne rezultaty niż pozostawienie większości decyzji w rękach sędziów[48]. Granicę dla kognicji sędziego powinien wyznaczać zakres „policentryczności" sprawy, która staje się przedmiotem jego rozstrzygnięcia[49]. Zatem należy stawiać pytanie, na ile dane rozstrzygnięcie sędziego wpłynie na sieć powiązanych z tą sprawą stosunków prawnych, określi sytuacje faktyczne etc. Jako przykłady spraw, których nie należało powierzać sądom, L. Fuller podawał: ustalanie cen surowców (w czasach komunistycznych w Polsce i w Rosji[50]); decydowanie o nabyciu konkretnych obrazów zapisanych dwóm muzeom łącznie (spór między *Metropolitan Museum* i *National Gallery of Art*[51]); ustalanie treści porozumienia w sprawie płac między związkami zawodowymi i przedsiębiorcą[52]. Dla wielu spraw dużo lepsze rozwiązania oferują mechanizmy zarządzania menedżerskiego lub poddanie ich zasadom wolnego rynku, bądź pozostawienie ich rozwiązania metodom politycznym, m.in. uchwałom parlamentu[53]. Ostatnio w USA dyskusja na powyższy temat skupiła się na pytaniu: jakie sprawy powinien rozstrzygać Sąd Najwyższy, a jakie powinny pozostać w kompetencji stanów?[54]. Lon Fuller wykorzystuje pojęcie policentryczności do ukazania z jednej strony złożoności każdej sprawy, którą musi rozstrzygać sędzia, a z drugiej strony przedstawia system orzekania jako jeden z wielu mechanizmów, które służą rozwiązywaniu spornych kwestii w społeczeństwie.

W polskim prawie idea policentryczności także znalazła zastosowanie przy analizie roli sądownictwa w tworzeniu prawa[55]. Policentryczność porządku prawnego jest rozumiana jako przejaw koncepcji pluralizmu prawnego[56]. Zatem zakłada ona brak istnienia centralnego źródła prawa, brak hierarchii prawa i multicentryczność porządku prawnego, który przestaje być systemem. Policentryczność tym różni się od fragmentaryzacji porządku prawnego, iż polega ona na współpracy tworzących prawo organów, które są połączone wspólnymi regułami działania, przy mniej lub bardziej określonych zakresach kompetencji tych podmiotów[57].

Nie bez powodu ideą policentryczności zainspirował się także F. von Hayek, upatrując w spontanicznie ukształtowanym porządku społecznym możliwość powstania efektywnej organizacji społeczeństwa, nie będącej zagrożeniem, lecz szansą na wykazanie potencjału zdolności każdego człowieka[58]. We współczesnym prawie – przejawów zjawiska policentryczności należy upatrywać nie tylko w działaniach sądów, lecz także w sposobie tworzenia prawa prywatnego. Policentryczność wydaje się powracać w sferze prawa w zjawisku dekodyfikacji, co oznacza multiplikację ośrodków decydujących o kształcie porządku prawnego przy jednoczesnej utracie przez kodeksy centralnego miejsca w legislacji, na rzecz negocjacyjnego modelu

47 Tamże, s. 363.

48 Tamże, s. 399–400.

49 Tamże, s. 398.

50 Tamże, s. 361.

51 Tamże, s. 394.

52 Tamże, s. 394–397.

53 Tamże, s. 400.

54 W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 3(35), s. 11.

55 T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek, *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008.

56 Tamże, s. 77.

57 Tamże, s. 78.

58 F. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1960.

prawa. Ten ostatni poprzez wspólne reguły interpretacji pozwala „odnaleźć się" w gąszczu szczegółowych przepisów tworzonych na poziomie prawa krajowego i międzynarodowego[59].

Doświadczenie policentrycznego zarządzania amerykańskimi metropoliami oraz rozwiązywania sporów czy kształtowania porządku prawnego w istocie jest przejawem odejścia od zjawiska centralizacji w wielu wymiarach życia społecznego. Sposób ukształtowania relacji między miastami a metropolią oraz rola władzy sądowniczej w porządku prawnym już decydują

We współczesnym prawie – przejawów zjawiska policentryczności należy upatrywać nie tylko w działaniach sądów, lecz także w sposobie tworzenia prawa prywatnego. Policentryczność wydaje się powracać w sferze prawa w zjawisku dekodyfikacji, co oznacza multiplikację ośrodków decydujących o kształcie porządku prawnego przy jednoczesnej utracie przez kodeksy centralnego miejsca w legislacji, na rzecz negocjacyjnego modelu prawa.

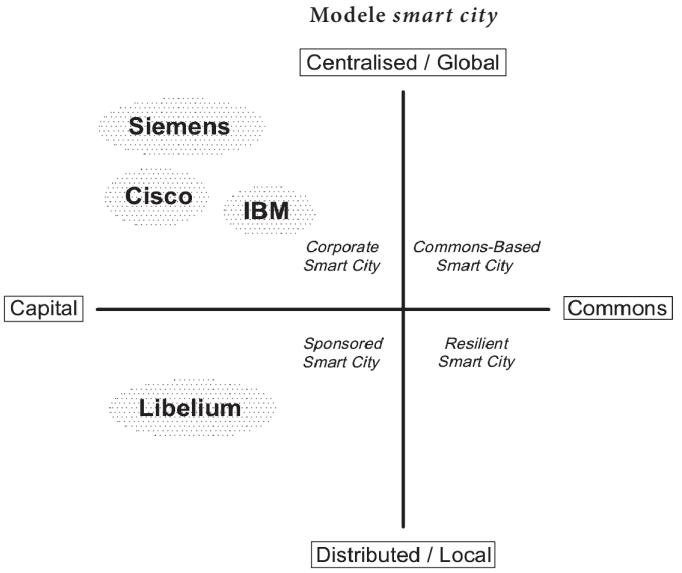
i w przyszłości będą decydowały o dynamice rozwoju *smart city*, o jego kierunku, stopniu ingerowania w prywatność oraz bezpieczeństwo. Wkrótce może wreszcie wyniknąć kwestia, czy o wprowadzanym modelu miasta inteligentnego ma decydować prawo, rynek czy władza państwowa. Narzucenie jednolitego rozwiązania prawnego będzie tym łatwiejsze, gdy zunifikowane zostaną standardy technologiczne na poziomie krajowym czy międzynarodowym. To, co dzisiaj nazywane jest „najlepszymi praktykami" i przedstawiane jako *soft law*, aby było skuteczne, powinno jednak uwzględniać zarówno specyfikę współczesnych miast, jak i współczesnego porządku prawnego.

Decentralizacja ujawnia się nie tylko w prawie (przez proces dekodyfikacji), lecz także w innych sferach społecznych. Swój namacalny wpływ od kilkudziesięciu lat wywiera także na kształt i strukturę miast, szczególnie w państwach świata zachodniego. Od lat przejawia się w zjawisku „wylewania się miast" – *urban sprawl*[60]. Centra miast przenoszone są na przedmieścia, wokół właściwych miast tworzy się sieć mniejszych gmin, których mieszkańcy codziennie dojeżdżają do pracy w mieście. Wraz z nimi na przedmieścia przenoszą się stopniowo centra handlowe, kulturalne czy wreszcie ośrodki władz lokalnych[61]. W niektórych przypadkach proces ten w przeszłości wynikał z nie-

59 F. Longchamps de Bérier, *The Phenomenon of Decodification and the Decodification Way of Modern Thinking about Law: Ancient Legal Experience and Present Risks for Legal Systems* (RI § 418109), „Revista General de Derecho Romano" 2016, vol. 27, s. 14–15.

60 K.J. Piórecki, *Prawne instrumenty zarządzania przestrzenią a zjawisko urban sprawl. Wybrane przykłady z ustawodawstwa Niemiec, Anglii oraz Stanów Zjednoczonych*, „Samorząd Terytorialny" 2010, nr 6, s. 21.

61 Tamże, s. 21.



Źródło: V. Niaros, *Introducing a Taxonomy of the „Smart City": Towards a Commons-Oriented Approach?*, „tripleC" 2016, vol. 14, nr 1, s. 54.

właściwych regulacji prawnych, które nie były dostosowane do potrzeb rozwoju miast na zewnątrz. Chodzi tu przede wszystkim o sztywne reguły planowania przestrzennego, które nie uwzględniały konieczności dbania w równym stopniu o zagospodarowanie terenów miejskich i podmiejskich. Analogicznym wyzwaniem dla współczesnych miast staje się ich informatyzacja – unowocześnienie technologiczne. Jest ono tym trudniejsze, że najczęściej dotyczy właśnie metropolii, zajmujących duży obszar, a zatem wymagających takich sposobów zarządzania[62], które pozwolą na równomierne unowocześnianie stref miejskich i podmiejskich.

W najnowszej literaturze zawierającej koncepcje dotyczące zarządzania strategią *smart city* pojawił się pomysł na stworzenie siatki pojęciowej, która pozwoli na opisanie poszczególnych koncepcji tworzących modele inteligentnego miasta. Vasileios Niaros przedstawił propozycję wyróżnienia czterech modeli *smart city* na podstawie dwóch kryteriów. Pierwsze kryterium zasadza się na sposobie zarządzania *smart city* – centralnie bądź lokalnie, z czego wynika charakter modelu *smart city*, zatem czy jest uniwersalny czy partykularny. Drugie kryterium to cel tworzenia *smart city* – czy ma służyć akumulacji kapitału, czy akumulacji *commons* – które V. Niaros rozumie jako dostępne wszystkim inteligentne rozwiązania technologiczne. Na podstawie tych dwu kryteriów możliwe stało się nazwanie czterech modeli *smart city*: *corporate smart city*, *sponsored smart city*, *resilient smart city* oraz *commons-based smart city*.

W istocie sposób zarządzania nowym inteligentnym miastem, często przedstawianym jako miasto „wspaniałe", będzie decydował o zakresie prywatności oraz o stopniu bezpieczeństwa jego mieszkańców. Ochrona obu podstawowych wartości – ważnych dla każdego mieszkańca – mobilizuje do podjęcia refleksji nad prawnymi aspektami realizowania danego modelu *smart city*. Pierwszy model inteligentnego miasta wyróżnia się tym, że kreowany jest na zamówienie władz lokalnych przez zewnętrzne firmy. Dostarczają one technologię, aplikacje mobilne oraz zapewniają bezpieczeństwo zintegrowanej sieci. Naturalnie gro-

62 S. Lord i in., *Growth modelling and the management of urban sprawl: Questioning the performance of sustainable planning policies*, „Planning Theory & Practice" 2015, vol. 16, nr 3, s. 386.

madzą one także dane użytkowników tego systemu[63]. Narzędzia, które powstają, mają charakter handlowy, a zatem ich wprowadzanie ma na celu osiągnięcie zysku, a także zaspokojenie naturalnych bądź wykreowanych potrzeb[64]. Jest to system scentralizowany, który nie jest ograniczony do jednego miasta, lecz może być stosowany jako rozwiązanie modelowe dla wielu. Inteligentne miasto tworzone przez firmy zainteresowane rozwijaniem technologii *smart city* nie jest tylko modelem. Dzisiaj powstają już prototypy takich miast. Należą do nich m.in. New Songdo w Korei Południowej, Manhattan Harbour w stanie Kentucky (USA), Masdar w Zjednoczonych Emiratach Arabskich, Osaka w Japonii, czy PlanIT Valley w Portugalii[65]. W literaturze nazywa się je także mianem *Ubiquitous cities* (wszechobecne miasta) – jako te najbardziej inteligentne[66]. „Wszechobecność" tych miast odnosi się do możliwości dostępu do informacji pozyskiwanych za pomocą technologii: o użytkownikach systemu *smart*, o usługach oferowanych w *smart city*, o infrastrukturze umożliwiającej świadczenie tych usług, o wszelkich danych zbieranych w obrębie *smart city*[67]. Inwestorami w tych budowanych od podstaw miastach są najwięksi producenci technologii: IBM, *Cisco Systems* czy *Siemens*[68]. Realizacja *smart city* skupia się tam na doskonaleniu technologii kierowania ruchem ulicznym w czasie rzeczywistym, zapobieganiu przestępczości czy pobieraniu i udostępnianiu informacji o środowisku[69]. Polega na komercyjnym wykorzystaniu systemów informatycznych, szczególnie usług oferowanych w tzw. chmurze, które dostępne są w obrębie całego miasta, dzięki jego maksymalnej cyfryzacji[70]. W miastach typu *ubiquitous* testowane są najnowocześniejsze bezprzewodowe sieci sensorów, które służą uzyskaniu przez systemy informatyczne jak najdokładniejszego obrazu rzeczywistości na potrzeby wykorzystywania go do podejmowania decyzji w skali całego miasta[71]. Niektóre rozwiązania stosowane są także na potrzeby określonych wydarzeń – w miastach mniej rozwiniętych technologicznie. Przykładowo w 2010 r. IBM wybudował w Rio de Janeiro infrastrukturę pozwalającą na monitorowanie miasta na potrzeby organizowanych w tym mieście Światowych Dni Młodzieży w 2013 r., mistrzostw świata w piłce nożnej w 2014 r. oraz olimpiady w 2016 r.[72] Tworzenie eksperymentalnych miast wiąże się także ze stworzeniem właściwego otoczenia prawnego. W przypadku New Songdo miastu została przyznana znaczna niezależność w ramach specjalnej strefy rozwojowej – *Designation & Operation of Free Economic Area* – która pozwala na szybsze podejmowanie decyzji, bez konieczności konsultowania ich za każdym razem z władzami centralnymi[73]. Niemniej dostęp do informacji o mieszkańcach jest także odmienny niż w pozostałych miastach. Właśnie w porządku prawnym New Songdo dopuszczono przekazywanie informacji medycznych o mieszkańcach firmie *Cisco* w celu doskonalenia techniki komunikacji *TelePresence* (teleobecności) – z wrażeniem kontaktu bezpośredniego na potrzeby dostarczania usług medycznych *on-line*[74]. Model korporacyjny znajduje wielu przeciwników, którzy wskazują na mankamenty: ograniczona kontrola mieszkańców nad zewnętrznymi, często globalnymi korporacjami; brak wpływu lub bardzo mały wpływ mieszkańców na kształtowanie technologii i narzędzi; tworzenie przez korporacje rynku zbytu dla swojej

63 C. Harrison i in., *Foundations for Smarter Cities*, „IBM Journal of Research and Development" 2010, vol. 54, nr 4, s. 1–16.

64 V. Niaros, *Introducing…*, dz. cyt., s. 53–54.

65 Tamże, s. 53 oraz L.G. Anthopoulos, A. Vakali, *Urban Planning and Smart Cities: Interrelations and Reciprocities* (w:) *The Future Internet. Future Internet Assembly 2012: From Promises to Reality*, Heidelberg–Dordrecht–London–New York 2012, s. 183.

66 F. Russo, C. Rindone, P. Panuccio, *European plans…*, dz. cyt., s. 1714; L.G. Anthopoulos, A. Vakali, *Urban Planning…*, dz. cyt., s. 183.

67 L.G. Anthopoulos, A. Vakali, *Urban Planning…*, dz. cyt., s. 182.

68 V. Niaros, *Introducing…*, dz. cyt., s. 53–54.

69 Tamże.

70 L.G. Anthopoulos, A. Vakali…, dz. cyt., s. 183.

71 Por. V. Albino, U. Berardi, R.M. Dangelico, *Smart Cities…*, dz. cyt., s. 5.

72 Por. V. Niaros, *Introducing…*, dz. cyt., s. 54 oraz A. Wiig, *IBM's smart city…*, dz. cyt., s. 261.

73 S.-K. Lee i in., *International Case Studies of Smart Cities. Songdo, Republic of Korea*, IDB 2016, s. 31.

74 S. Marvin, A. Luque-Ayala, C. McFarlane (eds.), *Smart Urbanism. Utopian vision or false dawn*, New York 2016, s. 153.

działalności gospodarczej[75]: dla nowych, niekoniecznie potrzebnych bądź użytecznych produktów[76].

Druga koncepcja inteligentnego miasta – *sponsored smart city* – zasadza się na dostarczeniu mieszkańcom darmowego oprogramowania pozwalającego na korzystanie z technologii *smart*. Nie oznacza to jednak otworzenia im dostępu do realnego kształtowania wykorzystywanych produktów. Inwestorzy decydują się na taką formę udziału po to, by wykreować markę oraz stworzyć rynek zbytu na inne usługi[77]. Mają wszak dostęp do wielu danych o mieszkańcach, które pozwalają im określać przyszłe kierunki rozwoju.

Trzecia koncepcja inteligentnego miasta – *resilient smart city* – opiera się na strukturze *bottom-up*[78]. Polega na tworzeniu warunków do rozwijania technologii ułatwiających życie w mieście przez samych mieszkańców. Przypomina to zatem budowanie miejskiego środowiska otwartej technologii – *free software*. Cechami charakterystycznymi są tutaj: brak nastawienia na zysk ze sprzedaży bądź z korzystania z technologii oraz nadanie wykorzystywanej technologii charakteru lokalnego – tworzenie i stosowanie jej na potrzeby konkretnej społeczności. Ciekawe, że również ten typ zarządzania inteligentnym miastem ma swoje pierwsze realizacje. W Wiedniu i w Madrycie działają laboratoria technologiczne, które gromadzą informatyków, socjologów, tych, którzy są zainteresowani w udoskonalaniu przestrzeni miejskiej bądź w ułatwianiu korzystania z niej. Wspólna praca i spotkania mają na celu wydobycie z mieszkańców inwencji w kreowaniu własnych rozwiązań technologicznych, które odpowiadają ich potrzebom. Powstałe w ten sposób produkty nie mają zatem „pretensji" do bycia stosowanymi na poziomie globalnym.

Czwarta koncepcja *smart city* to *commons-based smart city*. Podobnie jak model trzeci, zasadza się na stosowaniu oddolnie tworzonych rozwiązań technologicznych znajdujących się w otwartym dostępie (ang. *open access*)[79]. Model ten różni się stopniem uniwersalności powstałych produktów, które mają być tak kształtowane, aby nadawały się do zastosowania w każdym mieście[80]. W tej koncepcji inteligentnego miasta traktuje się technologię miejską jako *global commons*, co rozumie się jak rozwiązania wspólne dla wszystkich miast[81].

Doświadczenia we wprowadzaniu decentralizacji metropolii ukazują, że nie zawsze centralizacja jest najlepszym sposobem na właściwe porządkowanie sfery miejskiej, także jeśli miałaby ona oznaczać wprowadzanie nowych, inteligentnych rozwiązań. Wręcz przeciwnie, w literaturze sugeruje się wspieranie policentrycznego rozwoju miast[82]. Dzięki temu zamiast zwalczać powiększanie się miast – co jest po prostu faktem – należy zacząć uwzględniać w planach zagospodarowania miast lokalne potrzeby oraz lokalne wspólnoty powstające w ramach metropolii[83]. Warte podkreślenia są stosowane w USA różne formy współpracy osób prywatnych, władz lokalnych i centralnych, które mają prowadzić do bardziej rozsądnego dbania o zagospodarowanie przestrzeni: rodzaj i miejsce powstających budynków, wielkość terenów zielonych oraz ogólne zasady współtworzenia miasta, które promowane są przez władze. Do wartych uwagi sposobów należą: tworzenie przez osoby prywatne *trustów*, które mają na celu wykupywanie terenów zielonych wartych ochrony; uzależnianie przez władze lokalne wydania pozwolenia na budowę od uwzględnienia w planie rozwiązań dobrych dla wszystkich mieszkańców, jak zapewnienie terenów zielonych, budowa ścieżek rowerowych etc.; wprowadzenie możliwości obracania pozwoleniami na budowę z możliwością wykorzystania ich na innym gruncie (tzw. *transferable development rights*)[84], co uelastycznia dokonywanie zmian w planach zagospodarowania przestrzennego. Ponadto w USA często władze lokalne cedują swoje prerogatywy na rzecz agencji celowych, które mając odpowiednie uprawnienia, promują i poszukują inwestorów chętnych do realizacji projektów architektonicznych bądź infrastrukturalnych zgodnych z zamierzeniami miasta[85].

75 A. Wiig, *IBM's smart city…*, dz. cyt., s. 259.
76 V. Niaros, *Introducing…*, dz. cyt., s. 54.
77 Tamże, s. 55.
78 Tamże, s. 56.
79 Tamże.
80 Tamże, s. 58.
81 Tamże.
82 S. Lord i in., *Growth modelling…*, dz. cyt., s. 403.
83 Tamże, s. 386–387, 403.
84 K.J. Piórecki, *Prawne instrumenty…*, dz. cyt., s. 11.
85 Tamże.

Duże znaczenie w organizacji współpracy na poziomie lokalnym ma także szeroko stosowana w Anglii formuła partnerstwa publiczno-prywatnego, która stosowana jest skutecznie np. przy rewitalizacji centrów miast[86], a zaczyna być coraz bardziej popularna także w Polsce. W Stanach Zjednoczonych pod koniec lat. 80. Ronald Reagan dostrzegł korzystny wpływ przekazywania kompetencji w zakresie planowania przestrzennego

Otwarcie się na współtworzenie przez mieszkańców nowych technologii i rozwiązań informatycznych widoczne jest zarówno w projektach przedstawianych na forach europejskich, jak również zaczyna być wprowadzane w życie, czy to przez promowanie programów wolnego dostępu, czy eksperymenty otwartych warsztatów informatycznych.

w ręce podmiotów prywatnych – wprowadziwszy swego rodzaju deregulację[87]. Polegała ona w praktyce na zachęcaniu inwestorów do odtwarzania bądź unowocześniania zaniedbanych terenów miejskich przez tworzenie stref uprzywilejowanych – *Empowerment Zones*, *Reneval Communities* i *Enterprise Communities*. Przedsiębiorcy mogli liczyć wówczas na różnego rodzaju ulgi podatkowe, ułatwienia proceduralne bądź dostęp do publicznych funduszy wspierających prowadzone przez nich projekty[88]. Zatem w USA z sukcesem wykorzystano pomysł, który powstał na potrzeby londyńskiej metropolii w latach 70. Wówczas promowano wprowadzenie *enterprise zones*, aby zachęcić inwestorów do polepszania warunków w dzielnicach portowych przez otwieranie na ich terenie przedsiębiorstw[89]. Plan nie zyskał na popularności w Londynie, przede wszystkim z powodu braku przywilejów na tworzenie nowej infrastruktury na tych obszarach. Natomiast skuteczność amerykańskiej wersji programu rewitalizacji dokonywanej przy wykorzystaniu partnerstwa publiczno-prawnego w dużej mierze zależała od szerokich kompetencji wspólnot lokalnych, które dzięki temu mogą szybko dostosowywać się do potrzeb rynku. W przypadku planowania zagospodarowania przestrzennego hrabstwa i inne lokalne władze opierają swoją kompetencję na zasadzie *home rule*, która znacznie zmniejsza uprawnienia podmiotów stanowych bądź federalnych[90]. Bez wątpienia słusznie porównuje się amerykański sposób finansowego zachęcania podmiotów prywatnych do pośredniego realizowania celów publicznych z tworzonymi w ostatnich czasach w Polsce specjalnymi strefami ekonomicznymi[91]. Warto jednak zauważyć, że mogą one – podobnie jak w USA – zostać zastosowane nie tylko w celu tworzenia miejsc pracy na obrzeżach miast, lecz także do stopniowego wprowadzania nowych rozwiązań technologicznych w strefach śródmiejskich. Sposoby zarządzania prze-

86 Tamże, s. 16.

87 R.W. Benjamin, *The Kemp-Garcia Enterprise Zone Bill: A New, Less Costly Approach to Urban Redevelopment*, „Fordham Urban Law Journal" 1980, vol. 9, nr 3, s. 659–660; K.J. Piórecki, *Prawne instrumenty…*, dz. cyt., s. 19.

88 K.J. Piórecki, *Prawne instrumenty…*, dz. cyt., s. 19.

89 *Empowerment zones*, http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/Eco-Ent/Empowerment-Zones.html (dostęp: 13.05.2017).

90 K.J. Piórecki, *Prawne instrumenty…*, s. 20.

91 Tamże, s. 19.

strzenią miejską są zbiorem bogatych doświadczeń tak potrzebnych dla poszukiwania właściwego modelu zarządzania *smart city*. Co więcej, w literaturze wskazuje się, że idea *smart city* może być bardziej interesująca dla władz miejskich, gdy będzie służyła odnowieniu centrów miast, a nie tylko zwiększeniu ilości cyfrowej technologii[92]. Już dzisiaj istnieje wiele narzędzi do angażowania mieszkańców w decydowanie oraz współtworzenie przestrzeni miejskiej, które może oznaczać także jej unowocześnianie technologiczne.

Zakończenie

Koncepcja *smart city* nie posiada swojej jednej i powszechnie akceptowanej definicji na poziomie obecnej percepcji społeczeństwa[93]. Nie jest pojęciem prawnym, ale raczej wyraża szeroko pojętą ideę unowocześniania miasta w oparciu o wypracowane standardy i przyjętą politykę. Stąd naturalne jest, że pojawiają się w literaturze różne pomysły, na jakich zasadach i w jakim celu mają powstawać *smart cities*. Proces transformacji miast w miasta inteligentne jest czynnością wielopodmiotową i wieloetapową. Wymaga szeregu zmian w obszarach prawnych, technicznych, jak i przede wszystkim społecznych. Podejmowane prace ukierunkowane są na racjonalne gospodarowanie surowcem pierwotnym oraz na optymalizację procesów związanych z funkcjonowaniem aglomeracji miejskich. Cztery zaproponowane dotychczas modele *smart city* ukazują kierunki rozwoju inteligentnego miasta. Ważne, że coraz częściej dostrzega się potrzebę dostosowania wprowadzanych zmian do potrzeb lokalnych społeczności[94]. Otwarcie się na współtworzenie przez mieszkańców nowych technologii i rozwiązań informatycznych widoczne jest zarówno w projektach przedstawianych na forach europejskich, jak również zaczyna być wprowadzane w życie, czy to przez promowanie programów wolnego dostępu, czy eksperymenty otwartych warsztatów informatycznych. Zaproponowane w standardach wskaźniki umożliwiają koordynację rozwijanych inicjatyw i projektów. Istotne jest również, że koncepcję nowoczesnego miasta zaczyna się rozszerzać o nowoczesne formy partycypacji mieszkańców. Dostrzega się, że także rozwiązania technologiczne mają wbudowany system wartości. Z jednej strony mogą wspierać struktury hierarchiczne – oparte na silnej centralizacji i ograniczające mieszkańców do roli konsumentów[95]. Z drugiej strony istnieją takie, które pozwalają na tworzenie bezpośrednich relacji między mieszkańcami – na rozwijanie społeczeństwa, które samo się doskonali, przez umożliwienie kształtowania miasta w oparciu o oddolne inicjatywy[96]. Wyzwania techniczne, tworzenie coraz nowszej infrastruktury ICT nie wyczerpują pojęcia *smart city*. Dzisiaj coraz wyraźniej wybrzmiewa fundamentalne podejście sprowadzające się do tego, że *smart city* to wspólnota ludzi, którzy mają swoją historię, swoją specyfikę, od których roli i znaczenia nie można abstrahować w pogoni za nowoczesnością, a technologię należy dostosować do oczekiwań i potrzeb osób zamieszkujących dany obszar miejski.

Rozwiązania technologiczne mają wbudowany system wartości.

PGE Polska Grupa Energetyczna

Partner numeru 1(39)/2017 „Forum Prawniczego”.

92 A. Wiig, *IBM's smart city*…, dz. cyt., s. 259.

93 V. Albino, U. Berardi, R.M. Dangelico, *Smart Cities*…, dz. cyt., s. 3.

94 Tamże, s. 5.

95 E. Ostrom, *Beyond Markets*…, dz. cyt., s. 2; T. Campbell, *Foreword*…, dz. cyt., s. XI.

96 T. Campbell, *Foreword*…, dz. cyt., s. XI.

Bibliografia

Albino V., Berardi U., Dangelico R.M., *Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives*, „Journal of Urban Technology" 2015, vol. 22, nr 1, s. 3–21.

Allen B., Ostrom V., *The Quest to Understand Human Affairs*, vol. 1, *Natural Resources Policy and Essays on Community and Collective Choice*, Lanham MD 2011.

Aligica P.D., Tarko V., *Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond*, „Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions" 2012, vol. 25, nr 2, s. 237–262.

Anthopoulos L.G., Vakali A., *Urban Planning and Smart Cities: Interrelations and Reciprocities* (w:) *The Future Internet. Future Internet Assembly 2012: From Promises to Reality*, Heidelberg–Dordrecht–London–New York 2012, s. 178–189.

Benjamin R.W., *The Kemp-Garcia Enterprise Zone Bill: A New, Less Costly Approach to Urban Redevelopment*, „Fordham Urban Law Journal" 1980,vol. 9, nr 3, s. 659–695.

Blicharz G., *Decodification, Common Good, and Responsible Societies. Beyond the Elinor Ostrom's Theory of Governing the Commons* (w:) A.I. Vargas, D. van Schalkwijk, G.A. Bastarreche (eds.), *Transcendence and Love for a New Global Society*, Cuadernos de Pensamiento Español 2017, s. 91–101.

Bueti C., *Overview of the activities of ITU-T Focus Group on Smart Sustainable Cities*, ITU-T Study Group 5, 26 March 2015.

Campbell T., *Foreword* (w:) D. Araya (ed.), *Smart Cities as Democratic Ecologies*, New York 2015, s. XIV–XV.

Colclough G., *The ISO/TMB Smart Cities Strategic Advisory Group (S_Cities SAG)*, ITU Forum: Sustainable smart cities: from vision to reality, 13 October 2014.

Dajczak W., Longchamps de Bérier F., *Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 3 (35), s. 3–22.

Edwards L., *Privacy, Security and Data Protection in Smart Cities: a Critical EU Law Perspective*, „CREATe Working Paper" 2015, nr 11, s. 1–39.

Empowerment zones, *http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/Eco-Ent/Empowerment-Zones.html* (dostęp: 13.05.2017).

European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities Operational Implementation Plan: First Public Draft.

European Parliament, *Mapping smart cities in the EU*, http://www.europarl.europa.eu/committees/pl/itre/supporting-analyses.html?action=7 (dostęp: 22.05.2017).

Fuller L., *The Forms and Limits of Adjudication*, „Harvard Law Review" 1978, nr 92, s. 353–409.

Harrison C. i in., Williams P., *Foundations for Smarter Cities*, „IBM Journal of Research and Development" 2010, vol. 54, nr 4, s. 1–16.

Hayek F. von, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1960.

Helmrich K., *Standardization in the Smart City*, Urban Nexus Workshop, 5–7 November 2014.

Lacave M., *Stratégie d'expropriation et haussmannisation: l›exemple de Montpellier*, „Annales. Économies, Sociétés, Civilisations" 1980, vol. 35, nr 5, s. 1011–1025.

Lee S.-K. i in., *International Case Studies of Smart Cities. Songdo, Republic of Korea*, IDB 2016.

Longchamps de Bérier F., *The Phenomenon of Decodification and the Decodification Way of Modern Thinking about Law: Ancient Legal Experience and Present Risks for Legal Systems* (RI § 418109), „Revista General de Derecho Romano" 2016, vol. 27, s. 1–15.

Lord S. i in., *Growth modelling and the management of urban sprawl: Questioning the performance of sustainable planning policies*, „Planning Theory & Practice" 2015, vol. 16, nr 3, s. 385–406.

Marvin S., Luque-Ayala A., McFarlane C. (eds.), *Smart Urbanism. Utopian vision or false dawn*, New York 2016.

Niaros V., *Introducing a Taxonomy of the "Smart City": Towards a Commons-Oriented Approach?*, „tripleC" 2016, vol. 14, nr 1, s. 51–61.

Ostrom E., *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, „American Economic Review" 2010, nr 100, s. 641–672.

Ostrom V., *Federalizm amerykański. Tworzenie społeczeństwa samorządnego*, przeł. J. Kubicka-Daab, M. Korzycka-Iwanow, Warszawa–Olsztyn 1994.

Ostrom V., Ostrom E., *Administrowanie dobrami i usługami publicznymi w świetle badań*, przeł. M. Korzycka-Iwanow, „Administracja" 1989, nr 2.

Ostrom V., Ostrom E., *Public Goods and Public Choices* (w:) M. McGinnis (ed.), *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*, Michigan 1999, s. 75–106 (przedruk artykułu z 1978 r.).

Ostrom V., Tiebout Ch.-M., Warren R., *The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry*, „American Political Science Review" 1961, nr 51, s. 831–842.

Piórecki K.J., *Prawne instrumenty zarządzania przestrzenią a zjawisko urban sprawl. Wybrane przykłady z ustawodawstwa Niemiec, Anglii oraz Stanów Zjednoczonych*, „Samorząd Terytorialny" 2010, nr 6, s. 5–22.

Polanyi M., *The Logic of Liberty*, London 1951.

Poole S., *The truth about smart cities: 'In the end, they will destroy democracy'*, „The Guardian", 17.12.2014, https://www.theguardian.com/cities/2014/dec/17/truth-smart-city-destroy-democracy-urban-thinkers-buzzphrase (dostęp: 24.05.2017).

Report of the World Smart Cities Forum & SDOs meeting on 13–14 July 2016 in Singapore.

Russo F., Rindone C., Panuccio P., *European plans for the smart city: from theories and rules to logistics test case*, „European Planning Studies" 2016, vol. 24, nr 9, s. 1709–1726.

Smart city project threat to democracy, „The Hindu", 25.06.2016, http://www.thehindu.com/news/cities/bangalore/'Smart--city-project-threat-to-democracy'/article14399871.ece (dostęp: 24.05.2017).

Stawecki T., Staśkiewicz W., Winczorek J., *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008.

Wiig A., *IBM's smart city as techno-utopian policy mobility*, „City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Policy, Action" 2015, vol. 19, nr 2–3, s. 258–273.

Normy i akty prawne

Metropolitan Building Act of 1844, 7th & 8th. Vict. Cap. 84.

Décret du 26 mars 1852 relatif aux rues de Paris, Bull. des Lois, 10e S., B. 514, nr 3914.

IEC 62559-4/TR/Ed1: *Methodology for developing requirements for energy systems – Part 4: Best Practices in Use Case Development for IEC processes and company projects*.

IEC 62559-2:2015: *Use case methodology – Part 2: Definition of the templates for use cases, actor list and requirements list*.

PN-ISO 37120:2015-03, *Zrównoważony rozwój społeczny – Wskaźniki usług miejskich i jakości życia*, 2017.

Michał Krzykowski

Wytwarzanie energii elektrycznej w technologii wysokosprawnej kogeneracji – zmiany legislacyjne w ciągu ostatnich lat

Michał Krzykowski

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego II i Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Radca prawny. Specjalizuje się w prawie energetycznym i prawie konkurencji.

✉ *michal.krzykowski@uwm.edu.pl*

Electric Energy Production from High Efficiency Cogeneration – Legislative Changes in Recent Years

The main reason for national support of high efficiency cogeneration is the European Union energy and climate policy focused on increasing efficiency of use of available resources. It is especially important in the context of the "3×20%" package which predicts a reduction of greenhouse gasses, growth of energy effectiveness and increase of renewable energy at the level of 20% in 2020. In this sense cogeneration, which is based on saving primary energy through common production of electric energy and heat, is one of the pillars of this strategy. The aim of the article is to analyze and evaluate legal regulations pertaining to high efficiency cogeneration by reference to both European Union law and national legislation. Special attention will be given to the recent legislative changes, especially to the new state aid system for cogeneration and to so-called cogeneration guarantees of origin.

1. Wprowadzenie

U podstaw krajowego systemu wsparcia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji leży ukierunkowana na wzrost efektywności wykorzystania dostępnych zasobów polityka klimatyczno-energetyczna Unii Europejskiej, tzw. pakiet „3×20%"[1]. Zakłada ona bowiem odpowiednio – obok redukcji emisji CO_2 i wzrostu udziału energii odnawialnej w końcowym zużyciu energii w 2020 r. o 20% – również zwiększenie efektywności wykorzystania energii o 20% do 2020 r. w stosunku do prognoz na 2020 r. (a zgodnie z najnowszymi założe-

1 Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Bruksela, dnia 22 stycznia 2014 r., COM (2014) 15 final.

niami o 27% do 2030 r.)[2]. W tym sensie kogeneracja, której istotą jest oszczędność energii pierwotnej poprzez wytwarzanie energii elektrycznej i ciepła w tym samym procesie technologicznym wpisuje się w jeden z filarów przedmiotowej strategii.

Celem artykułu jest analiza i ocena obowiązujących regulacji prawnych w zakresie wytwarzania energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji na gruncie prawa Unii Europejskiej i prawodawstwa krajowego. Szczególna uwaga zostanie przy tym poświęcona ostatnim zmianom legislacyjnym, które przedłużają system wsparcia dla wysokosprawnej kogeneracji do 2018 r. oraz wprowadzają do ustawy – Prawo energetyczne[3] (dalej pr. en.) tzw. gwarancję pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji.

W prawie unijnym wskazuje się potrzebę zwiększenia wydajności energetycznej poprzez stworzenie ram dla promocji i rozwoju kogeneracji o wysokiej sprawności. *Ratio legis* takiego podejścia podyktowana jest faktem, że energia wytwarzana w kogeneracji charakteryzuje się większą efektywnością przetwarzania paliw pierwotnych, unikaniem strat sieciowych oraz ograniczaniem emisji szkodliwych substancji do atmosfery.

2. *Kogeneracja w prawodawstwie Unii Europejskiej*

Konieczność poprawy „wydajności" energetycznej niejednokrotnie podnosiła Rada Europejska. W świetle prognoz opracowanych na jej zlecenie (w 2007 r.) zużycie energii pierwotnej w 2020 r. ma wynosić 1842 Mtoe (jednostka pochodna Mtoe stanowi równowartość 1 mln toe, czyli ton oleju ekwiwalentnego)[4]. W wyniku przyjęcia omawianej strategii redukcja o 20% będzie natomiast równa 1474 Mtoe w roku 2020 r. Tym samym ulegnie zmniejszeniu o 368 Mtoe w porównaniu z prognozami na 2020 r. W konkluzjach Rady Europejskiej z 17 czerwca 2010 r. potwierdzono cel w zakresie efektywności energetycznej jako jeden z głównych elementów unijnej polityki „Europa 2020" (która zastąpiła tzw. strategię lizbońską)[5]. *In genere* strategia ta ma zapewnić wzrost gospodarczy na najbliższe dziesięciolecie (tj. do 2020 r.) poprzez zharmonizowane działania obejmujące zatrudnienie, badania i innowacje, edukację, walkę z ubóstwem, a także zmiany klimatu i energię – przeciwdziałające wyłączeniu społecznemu poprzez wspieranie gospodarki.

2 Zob. A. Gawlikowska-Fyk, *New Climate and Energy Package for 2030*, „Biuletyn PISM" 2014, nr 8 (603), s. 1–2.

3 Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., nr 89, poz. 625 z późn. zm.).

4 Zob. Wniosek w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie efektywności energetycznej oraz uchylającej dyrektywy 2004/8/WE i 2006/32/WE, Bruksela 26 czerwca 2012 r., nr ref. 2011/0172 (COD).

5 Zob. Konkluzje Rady Europejskiej z 17 czerwca 2010 r., EUCO 13/10.

Na gruncie prawa unijnego pierwotnym aktem prawnym normującym problematykę kogeneracji (w oparciu o zaopatrzenie w ciepło użytkowe) była dyrektywa 2004/8/WE (tzw. dyrektywa CHP – *Combined Heat and Power*)[6]. W kolejnych latach jednakże, wobec wyzwań pakietu „3 × 20" uchwalono nową dyrektywę, 2012/27/UE[7] w sprawie efektywności energetycznej, która skonsolidowała dotychczas obowiązujące prawodawstwo w tym obszarze, uchylając równocześnie dyrektywę 2004/8/WE. W swoich założeniach przedmiotowa dyrektywa wskazuje na potrzebę zwiększenia wydajności energetycznej, poprawę bezpieczeństwa dostaw poprzez stworzenie ram dla promocji i rozwoju kogeneracji o wysokiej sprawności, w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe oraz oszczędność energii pierwotnej na wewnętrznym rynku energii. *Ratio legis* takiego podejścia prawodawcy podyktowana jest nie tylko wspomnianym już faktem, iż energia wytwarzana w kogeneracji charakteryzuje się większą efektywnością przetwarzania paliw pierwotnych, ale także tym, że pozwala ona unikać strat sieciowych (ze względu na zazwyczaj rozproszony charakter) oraz prowadzi do ograniczania emisji szkodliwych substancji do atmosfery. W świetle postanowień dyrektywy – państwa członkowskie powinny w szczególności zachęcać do wprowadzenia środków i procedur wspierających instalacje kogeneracyjne (zwłaszcza te o całkowitej mocy znamionowej dostarczonej w paliwie mniejszej niż 20 MW), tak aby mobilizować do rozproszonego wytwarzania energii (pkt 37 preambuły do dyrektywy 2012/27/WE). Należy jednakże nadmienić, że prawodawca unijny uzależnia udzielenie wsparcia dla kogeneracji od sytuacji, w której energia elektryczna i ciepło użytkowe pochodzą z tzw. wysokosprawnej kogeneracji (art. 14 ust. 2 dyrektywy 2012/27/WE). Trzeba bowiem podkreślić, że nie każda jednostka kogeneracji spełnia kryterium jednostki wytwarzającej energię elektryczną (lub mechaniczną) i ciepło użytkowe w wysokosprawnej kogeneracji. Wobec tego ustalenie, czy dana instalacja może być klasyfikowana jako wysokosprawna, ma w rzeczywistości prowadzić do zweryfikowania prawa do otrzymania potencjalnego wsparcia oraz spełnienia ciążącego na danym podmiocie obowiązku określonego udziału energii elektrycznej pochodzącej z kogeneracji. Niezbędne kryteria pozwalające na uznanie energii za wytworzoną w wysokosprawnej kogeneracji zawarte zostały w załączniku 2 do dyrektywy 2012/27/UE. Równocześnie nie sposób pominąć, że przedmiotowe wsparcie jako pochodzące ze środków publicznych podlegać będzie zasadom dotyczącym pomocy publicznej. W praktyce zatem konieczne jest uzyskanie zgody Komisji Europejskiej na dany program pomocowy (art. 14 ust. 11 dyrektywy 2012/27/WE).

3. *Wsparcie dla wytwarzania energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji na gruncie polskich rozwiązań prawnych*

Zasadniczo system wsparcia energii elektrycznej z kogeneracji w Polsce został oparty na publicznoprawnym obowiązku[8] uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezes URE) świadectw pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji (dalej: energii z kogeneracji) albo uiszczeniu opłaty zastępczej. W praktyce owa obligacja wiąże się z określonym udziałem energii elektrycznej z kogeneracji[9] w wyzna-

6 Dyrektywa 2004/8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. w sprawie promowania kogeneracji w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe na rynku wewnętrznym energii oraz zmieniająca dyrektywę 92/42/EWG (Dz.Urz. WE L52 z 21.02.2004, s. 50).

7 Dyrektywa 2012/27/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylenia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE (Dz.Urz. UE L 315 z 14.11.2012, s. 1).

8 Zgodnie z art. 56 ust. 1a pr. en. „karze pieniężnej podlega ten kto (…) nie przestrzega obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectwa pochodzenia z kogeneracji albo nie uiszcza opłaty zastępczej, o których mowa w art. 9a ust. 1, lub przedkłada Prezesowi URE wniosek o wydanie świadectwa pochodzenia z kogeneracji zawierający dane lub informacje niezgodne ze stanem faktycznym", zob. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie – VI Wydział Cywilny: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI ACa 823/12 oraz z dnia 20 lutego 2013 r., VI ACa 617/12.

9 W świetle art. 3 pkt 38 pr. en. przez wysokosprawną kogenerację rozumie się „wytwarzanie energii elektrycznej lub mechanicznej i ciepła użytkowego w kogeneracji, które zapewnia oszczędność energii pierwotnej zużywanej w:

czonym przez prawodawcę zakresie (przez enumeratywnie wyliczone w art. 9a ust. 1 i 2 pr. en. podmioty) oraz świadectwach pochodzenia energii elektrycznej z kogeneracji (art. 9l pr. en.)[10]. Tym samym mechanizm ten przypomina rozwiązania funkcjonujące do niedawna na rynku źródeł odnawialnych. W obydwu przypadkach bowiem fizyczna energia elektryczna podlega oddzieleniu od mechanizmu mającego wspierać rozwój danego typu źródeł wytwórczych poprzez wygenerowanie świadectw pochodzenia będących przedmiotem odrębnego obrotu na giełdzie towarowej. Dochód uzyskany z ich sprzedaży stanowi natomiast wsparcie dla podmiotów wytwarzających energię elektryczną w technologii wysokosprawnej kogeneracji[11].

System wsparcia energii elektrycznej z kogeneracji w Polsce został oparty na publicznoprawnym obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectw pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji albo uiszczenia opłaty zastępczej.

Obowiązujący mechanizm wsparcia kogeneracji stanowi kontynuację systemu wprowadzonego do ustawy – Prawo energetyczne nowelą z dnia 12 stycznia 2007 r.[12] (która miała na celu transpozycję postanowień dyrektywy 2004/8/WE). Właściwe przepisy w tym obszarze funkcjonowały w niezmienionym kształcie do 31 marca 2013 r. (a *de facto* do końca 2012 r.). Wobec ich wygaśnięcia od 1 kwietnia 2013 r. powstała luka prawna w postaci braku odpowiednich przepisów normujących rynek praw majątkowych kogeneracji „czerwonej" (opartej na węglu) i „żółtej" (opartej na paliwach gazowych). Nadal jednak istniała potrzeba promocji tego rodzaju źródeł, ze względu na konieczność spełnienia celów wskaźnikowych wynikających z pakietu „3×20%". Ostatecznie projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw został poddany pracom legislacyjnym w Sejmie 2 kwietnia 2013 r. W ich następstwie uchwalono tzw. nowelę kogeneracyjną[13], która weszła w życie

a) jednostce kogeneracji w wysokości nie mniejszej niż 10% w porównaniu z wytwarzaniem energii elektrycznej i ciepła w układach rozdzielonych o referencyjnych wartościach sprawności dla wytwarzania rozdzielonego lub

a) jednostce kogeneracji o mocy zainstalowanej elektrycznej poniżej 1 MW w porównaniu z wytwarzaniem energii elektrycznej i ciepła w układach rozdzielonych o referencyjnych wartościach sprawności dla wytwarzania rozdzielonego".

10 Warto przy tym wskazać, że wsparcie dla kogeneracji odbywało się również przed zmianą pr. en. z 2007 r. (przed implementacją dyrektywy 2004/8 stosowano formułę „energia skojarzona"). Opierało się na obligatoryjnym zakupie energii elektrycznej oferowanej przez wytwórców energii skojarzonej przez przedsiębiorstwa energetyczne sprzedające energię elektryczną do odbiorców końcowych.

11 Trzeba przy tym nadmienić, że ustalenie kwestii zaliczenia wyprodukowanej energii elektrycznej do energii wytwarzanej w kogeneracji nie uprawnia do uzyskiwania świadectw pochodzenia z kogeneracji. Jest to jedynie jeden z niezbędnych elementów prowadzących do wyznaczenia ilości energii elektrycznej wyprodukowanej w wysokosprawnej kogeneracji. Zob. M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 764.

12 Ustawa z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności (Dz.U. nr 21, poz. 124).

13 Ustawa z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 490).

30 kwietnia 2014 r.[14] Tym niemniej przez okres ponad 12 miesięcy sektor ten pozostawał w przeważającej mierze poza systemem wsparcia. Brak normatywnych podstaw w tym obszarze skutkował ograniczeniem inwestycji w wysokosprawną kogenerację oraz przyczynił się do osłabienia konkurencyjności i opłacalności instalacji już istniejących na rynku. Truizmem może wydawać się przy tym stwierdzenie, iż stabilność prawa w tym zakresie stanowi podstawowy czynnik niejednokrotnie warunkujący prowadzenie działalności gospodarczej[15]. Wynika to jednak z faktu, iż niskie ceny energii elektrycznej na rynku hurtowym sprawiają, że jedynie wsparcie w postaci przychodów ze sprzedaży świadectw pochodzenia może stanowić skuteczną zachętę do rozpoczęcia lub kontynuowania czasochłonnego i kapitałochłonnego procesu inwestycyjnego.

W świetle przedmiotowej ustawy wsparcie dla kogeneracji zostało przedłużone do 2018 r. (art. 4 ust. 1 noweli kogeneracyjnej). Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym wsparcie obejmuje jednostki kogeneracji:

- opalane paliwami gazowymi o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej źródła poniżej 1 MW (kogeneracja żółta) do 8% w ostatnim roku wsparcia;
- opalane metanem uwalnianym i ujmowanym przy dołowych robotach górniczych w czynnych, likwidowanych lub zlikwidowanych kopalniach węgla kamiennego lub gazem uzyskiwanym z przetwarzania biomasy (kogeneracja fioletowa) na niezmienionym poziomie, tj. 2,3% w 2018 r.;
- pozostałe (kogeneracja czerwona) w wysokości 23,2% w ostatnim roku wsparcia, tj. na takim samym poziomie jak na koniec 2012 r.[16].

Odmiennie natomiast ustawodawca zdecydował o źródle norm prawnych odnoszących się do zakresu obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectwa pochodzenia z kogeneracji. Legislator bowiem zdecydował o ich przeniesieniu (z rozporządzenia) bezpośrednio do ustawy – Prawo energetyczne, a mianowicie do art. 9a ust. 11 pr. en. Jak można domniemywać, takie podejście miało na celu przyspieszenie procesu wejścia w życie właściwych przepisów, usystematyzowania dotychczasowego dorobku oraz stanowiło wyraz wzmocnienia zakresu obowiązku kogeneracyjnego w krajowym porządku prawnym poprzez wyeliminowanie dyskrecjonalności właściwego ministra w obszarze ustalenia poziomu wsparcia. Co istotne jednak, w ocenie autora wprowadzone rozwiązania nie do końca wypełniły powstałą lukę. Na podstawie bowiem przyjętych przepisów nie uwzględnia się przy rozliczeniu wykonania obowiązku (art. 5 ust. 2 noweli kogeneracyjnej) świadectw pochodzenia „żółtych" i „czerwonych" wydanych dla energii elektrycznej wytworzonej przed dniem wejścia w życie nowelizacji. Równocześnie przy ustalaniu zakresu przedmiotowego obowiązku za 2014 r. w odniesieniu do certyfikatów żółtych i czerwonych nie zalicza się energii elektrycznej zakupionej przed wejściem w życie komentowanej nowelizacji, *ergo* spełnienie obowiązku przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia, określonych powyżej, nie może nastąpić poprzez uwzględnienie certyfikatów wydanych przed 30 kwietnia 2014 roku. Tym samym takie unormowanie tej kwestii, choć wznawia wsparcie dla kogeneracji, nie prowadzi do przywrócenia jej ciągłości. Nie sposób przy tym pominąć, że – z uwagi na termin wejścia w życie przedmiotowych przepisów – wytwarzanie energii z kogeneracji jest ograniczone. Warunki atmosferyczne w tym okresie bowiem, które determinują jednoczesne wytwarzanie energii elektrycznej i ciepła w jednostkach kogeneracji, sprawiają, że zapotrzebowanie na ciepło jest stosunkowo niewielkie. Wobec

14 Warto wskazać, że wejście w życie ustawy nowelizacyjnej zostało dodatkowo opóźnione ze względu na przedłużające się postępowanie Komisji Europejskiej w sprawie udzielenia zgody na nowy system wsparcia mający charakter pomocy publicznej.

15 Zob. szerz. M. Roggenkamp, C. Redgwell, A. Ronne, I. del Guayo, *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation*, Oxford 2016, s. 183–185.

16 Poziom ten odnosi się do minimalnego udziału sumy energii elektrycznej wynikającej z uzyskanych i umorzonych świadectw pochodzenia z kogeneracji lub z uiszczonej opłaty zastępczej, odniesiony np. do ilości energii elektrycznej sprzedanej odbiorcom końcowym przez przedsiębiorstwa energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu tą energią czy zakupu energii elektrycznej na własny użytek przez odbiorców przemysłowych, art. 4 ust 2 noweli kogeneracyjnej.

powyższego przedmiotowe przepisy z jednej strony *de facto* dodatkowo wydłużyły okres, w którym jednostki kogeneracji pozostały poza systemem wsparcia, z drugiej jednakże ze względu na deficyt świadectw pochodzenia utrudniły spełnienie obowiązku ciążącego na określonych podmiotach, wynikającego z art. 4 noweli kogeneracyjnej[17].

Wraz z wejściem w życie nowych przepisów normujących wsparcie dla wysokosprawnej kogeneracji konieczne było opracowanie aktów wykonawczych do ustawy – Prawo energetyczne. Szczególnie istotne było w tym wypadku wydanie przez Ministra Gospodarki rozporządzenia w sprawie sposobu naliczania danych podanych we wniosku o wydanie świadectwa pochodzenia z kogeneracji oraz szczegółowego zakresu obowiązku potwierdzania danych dotyczących ilości energii elektrycznej wytworzonych w wysokosprawnej kogeneracji[18], które weszło w życie 1 stycznia 2015 roku. Poza zmianami o charakterze porządkowym[19] warto przede wszystkim zwrócić uwagę na te, które miały na celu doprecyzowanie dotychczasowych przepisów.

Po pierwsze, prawodawca zdecydował o uchyleniu przepisów odnoszących się do tzw. źródła energii (§ 4 ust. 7 rozporządzenia z 2011 r.)[20]. Takie podejście wydaje się słuszne ze względu na problemy interpretacyjne, jakie wynikały na tle stosowania przedmiotowej regulacji. Dość wspomnieć, że brak normatywnej definicji źródła energii rodził pytania, czy należy przez nie rozumieć samo przedsiębiorstwo energetyczne, jednostkę kogeneracji czy może jednostkę wytwórczą. Miało to o tyle istotne znaczenie, że źródłom o mocy zainstalowanej 1 MW i wyższej nie przysługiwały (i nie przysługują) w świetle art. 9l ust. 1 pr. en.[21] świadectwa pochodzenia energii z kogeneracji („żółte"). Tym niemniej zdecydowano o wprowadzeniu pojęcia tzw. jednostki wytwórczej[22] (§ 3 ust. 7 rozporządzenia z 2014 r.), którą zgodnie z definicją wynikającą z Prawa energetycznego jest „wyodrębniony zespół urządzeń należący do przedsiębiorstwa energetycznego, służący do wytwarzania energii i wyprowadzania mocy". Wykładnia przytoczonego pojęcia dokonywana w literaturze wskazuje, że na jednostkę tę składają się wszystkie urządzenia techniczne wykorzystywane w procesie wytwarzania energii elektrycznej, takie jak kotły, turbiny parowe, generatory, a także urządzenia pomocnicze (przykładowo młyny węglowe, wentylatory podmuchu, wymienniki ciepła) – w przypadku klasycznych elektrowni lub elektrociepłowni parowych – oraz urządzenia służące do wyprowadzania mocy, takie jak transformatory blokowe i linie elektroenergetyczne, za pomocą których jest wyprowadzana moc z generatorów energii elektrycznej[23]. W praktyce dla oceny, czy dane urządzenie wchodzi w skład jednostki wytwórczej, należy rozważyć, czy stanowi ono część integralnej całości, bez której nie byłoby możliwe wytwarzanie energii elektrycznej i wyprowadzanie mocy. Wobec powyż-

17 M. Sznycer, A. Cwalina-Kowalewska, A. Grzywacz, *Wpływ noweli kogeneracyjnej na rynek odbiorcy końcowego*, http://cire.pl/pliki/2/wplyw_noweli_kogeneracyjnej_na_rynek_odbiorcow_koncowych.pdf (dostęp 29.06.2017).

18 Dz.U. z 2014 r. poz. 1940.

19 Dla przykładu z § 2 rozporządzenia z 2014 r. usunięto definicję „jednostki na małą skalę", przenosząc ją w niezmienionym kształcie do punktu 2.2 załącznika nr 1 do tego rozporządzenia. Nie do końca jest jasny cel takiego działania, szczególnie że definicja ta nie pojawia się w żadnym innym polskim akcie, a jedynie w dyrektywie 2012/27/UE w sprawie efektywności energetycznej.

20 Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 26 lipca 2011 r. w sprawie sposobu naliczania danych podanych we wniosku o wydanie świadectwa pochodzenia z kogeneracji oraz szczegółowego zakresu obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia tych świadectw, uiszczania opłaty zastępczej i obowiązku potwierdzania danych dotyczących ilości energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji (Dz.U. z 2011 r. nr 176, poz. 1052).

21 Zgodnie z przytoczonym przepisem: „Potwierdzeniem wytworzenia energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji jest świadectwo pochodzenia tej energii, zwane dalej »świadectwem pochodzenia z kogeneracji«. Świadectwo pochodzenia z kogeneracji wydaje się oddzielnie dla energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji w jednostce kogeneracji: 1) opalanej paliwami gazowymi lub o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej źródła poniżej 1 MW".

22 W skład jednostki wytwórczej mogą wchodzić dwie lub większa liczba jednostek kogeneracji. W przypadku gdy zostały zbudowane w różnych latach, każda jednostka kogeneracji, o ile jest to możliwe, powinna być oceniana osobno. Zob. zał. nr 2, pkt 1.7 rozporządzenia z 2014 r.

23 M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne*…, dz. cyt., s. 288 i 290.

szego zmiana w tym obszarze pozwala na bardziej precyzyjne określenie granic bilansowych jednostki, stanowiących podstawę do poprawnego wyznaczenia mocy zainstalowanej elektrycznej. Pewną konfuzję budzi natomiast brak równoległych zmian w art. 9l ust. 1 pr. en. w zakresie pozostawienia w nim pojęcia „źródło". Takie rozwiązanie zdaje się wypaczać technikę prawidłowej legislacji, nie prowadząc w pełni do wyeliminowania niepotrzebnych wątpliwości interpretacyjnych.

W praktyce dla oceny, czy dane urządzenie wchodzi w skład jednostki wytwórczej, należy rozważyć, czy stanowi ono część integralnej całości, bez której nie byłoby możliwe wytwarzanie energii elektrycznej i wyprowadzanie mocy.

Po wtóre, rozporządzenie wprowadza zmiany w przepisach dotyczących sprawności granicznych dla poszczególnych typów urządzeń kogeneracji. Tym niemniej uważam, że w większym stopniu przyczyniają się one do powstania kolejnych zastrzeżeń niż do zwiększania transparentności omawianych norm prawnych. W istocie bowiem przedmiotowe rozporządzenie usuwa przepis dotyczący sprawności granicznych (zał. 1, pkt 1.3). Paradoksalnie jednak w treści zał. 1 prawodawca nadal niejednokrotnie odwołuje się do omawianej kategorii (dla przykładu pkt 1.4, 1.5 itd.). Takiego podejścia nie uzasadnia przy tym odniesienie do sprawności granicznych w Prawie energetycznym (art. 3 pkt 36) w kontekście definicji energii elektrycznej z kogeneracji, zgodnie z którą oznacza ona „energię elektryczną wytwarzaną w kogeneracji i obliczoną jako:

a) całkowitą roczną produkcję energii elektrycznej w jednostce kogeneracji w roku kalendarzowym, wytworzoną ze średnioroczną sprawnością przemiany energii chemicznej paliwa w energię elektryczną lub mechaniczną i ciepło użytkowe w kogeneracji, co najmniej równą sprawności granicznej:
   - 75% dla jednostki kogeneracji z urządzeniami typu: turbina parowa przeciwprężna, turbina gazowa z odzyskiem ciepła, silnik spalinowy, mikroturbina, silnik Stirlinga, ogniwo paliwowe, albo
   - 80% dla jednostki kogeneracji z urządzeniami typu: układ gazowo-parowy z odzyskiem ciepła, turbina parowa upustowo-kondensacyjna".

Jakkolwiek już samo sięganie do aktu rangi ustawowej będącego nadrzędnym nad aktem wykonawczym może wydawać się niefortunne (ze względu na fakt, iż to zazwyczaj rozporządzenie jest aktem bardziej szczegółowym aniżeli ustawa), to jednak trzeba podkreślić, że brak jest spójności pomiędzy cytowanym przepisem a pkt 1.2 załącznika 1 do rozporządzenia. Wynika to z faktu, iż poza wymienionymi w Prawie energetycznym typami urządzeń w przedmiotowym punkcie załącznika do rozporządzenia prawodawca wymienia także inne urządzenia, tj. turbinę gazową w układzie kombinowanym z odzyskiem ciepła, silniki parowe, ograniczony obieg Rankine'a, czy nawet pozostałe rodzaje technologii pracujące w kogeneracji. W praktyce zatem dla innych, niż wymienione w ustawie, urządzeń nie jest możliwe ustalenie sprawności granicznej, co może stanowić barierę dla tego rodzaju jednostek kogeneracyjnych w uzyskaniu wsparcia.

Wreszcie zmiany objęły tzw. mnożnik korygujący dla jednostek kogeneracji opalanych drewnem opałowym i odpadami drzewnymi lub biogazem. W poprzednim stanie prawnym mnożnik ten dla przyto-

czonych jednostek wynosił 1 bez względu na poziom napięcia oraz tego, czy energia była oddawana do systemu elektroenergetycznego, czy sprzedawana liniami bezpośrednimi lub zużyta na własne potrzeby[24]. Nowe rozporządzenie natomiast ujednolica przedmiotowe przepisy, wprowadzając określone wartości (od 0,860 do 1) w zależności od poszczególnych kryteriów, bez względu na surowiec użyty dla celów kogeneracji (tabela nr 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia z 2014 r.). Takie podejście wydaje się uzasadnione z uwagi na możliwość bardziej precyzyjnego określenia mnożnika. Tym samym potencjalnie owa zmiana (czy, będąc bardziej precyzyjnym, uchylenie przepisu dotyczącego mnożnika korygującego dla powyższych jednostek) może potencjalnie prowadzić do oszczędności energii pierwotnej, w sytuacji gdy pozostaje on na poziomie niższym niż 1 (nie wpływając na sprawność ogólną i ilość energii elektrycznej wytworzonej w kogeneracji).

4. Gwarancje pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji

Nowym instrumentem swego rodzaju promocji energii z kogeneracji w polskim systemie prawnym jest tzw. gwarancja pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji. Wspomniana osobliwość gwarancji pochodzenia przejawia się odrębnością przedmiotowego instrumentu od świadectw pochodzenia energii elektrycznej z kogeneracji (certyfikatów żółtych, fioletowych czy czerwonych). W istocie nie implikuje ona prawa do czerpania korzyści z krajowych mechanizmów wsparcia, funkcjonujących w poszczególnych państwach UE. Jej głównym celem jest w istocie zapewnienie odbiorcy końcowemu przejrzystych kryteriów wyboru umożliwiających identyfikację zużywanej energii (pkt 39 dyrektywy 2012/27/UE)[25]. Zatem regulacja ta, mając w praktyce informacyjny charakter, stanowi pośredni mechanizm promocji energii z kogeneracji, kreując „wizerunkową" wartość gwarancji pochodzenia[26]. Dodatkowy przychód z tego tytułu jest przy tym determinowany zdolnością przedsiębiorstwa energetycznego do zainteresowania potencjalnych odbiorców zakupem energii wytworzonej w bardziej efektywnym procesie technologicznym niż w klasycznych warunkach.

Na gruncie prawa UE pierwotne rozwiązania prawne w tym zakresie zostały unormowane jeszcze w dyrektywie 2004/8/WE (pkt 21 i 22 preambuły oraz art. 5). Warto jednak wspomnieć, że omawiana konstrukcja prawna nie jest rozwiązaniem absolutnie nieznanym. Dość wspomnieć, że już w dyrektywie 2001/77/WE[27] dotyczącej odnawianych źródeł energii (OZE) jest mowa o gwarancjach pochodzenia energii jako instrumencie zmierzającym do ułatwienia handlu energią elektryczną z OZE poprzez udostępnienie konsumentowi przejrzystych kryteriów wyboru między energią wytwarzaną z nieodnawialnych źródeł, a tą generowaną z OZE. Równocześnie w dyrektywie tej podkreślono, że prawo do uzyskania gwarancji pochodzenia samo z siebie nie implikuje prawa do czerpania korzyści z krajowych mechanizmów wsparcia obowiązujących w poszczególnych państwach. Toteż konieczne jest wyraźne odróżnienie gwarancji pochodzenia od będących przedmiotem obrotu praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia, tj. „zielonych certyfikatów" (pkt 10 i 11 preambuły oraz art. 5 dyrektywy). Zbliżone podejście zastosowano w dyrektywie 2004/8/WE, a później także w dyrektywie 2009/28/UE, w której dodatkowo wskazano, że gwarancje

24 Zgodnie z zał. nr 2 pkt 1.13 rozporządzenia z 2011 r.: „Mnożniki określone w tabeli nr 2 nie mają zastosowania do drewna opałowego i odpadów drzewnych oraz biogazu. Dla energii wytworzonej z tych paliw przyjmuje się wartość mnożnika równą jeden".

25 Zgodnie z pkt 39 dyrektywy 2012/27/WE: „Mając na względzie zwiększenie przejrzystości, tak by odbiorca końcowy miał możliwość dokonania wyboru pomiędzy energią elektryczną z kogeneracji a energią elektryczną wytworzoną w oparciu o inne technologie, należy zagwarantować – na podstawie zharmonizowanych wartości referencyjnych efektywności – pochodzenie energii z wysokosprawnej kogeneracji. Systemy gwarancji pochodzenia nie uprawniają automatycznie do korzystania z krajowych mechanizmów wsparcia. Ważne jest, aby wszystkie formy energii elektrycznej wytworzonej w procesie wysokosprawnej kogeneracji mogły być objęte gwarancjami pochodzenia. Należy wyraźnie odróżnić gwarancje pochodzenia od świadectw wymienialnych".

26 Z. Muras, *Gwarancja pochodzenia – instrument wsparcia energii?*, „Czysta Energia" 2015, nr 1, s. 16–19.

27 Dyrektywa 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (Dz.Urz. WE L 283 z 27.10.2001, s. 33).

mogą być przenoszone przez jednego posiadacza na innego niezależnie od energii, do której się odnoszą, jednak konieczne jest wprowadzenie mechanizmu, który uniemożliwi podwójne liczenie oszczędności energii (art. 7 ust. 12 dyrektywy). W kontekście nowego prawodawstwa szczególnie istotny jest art. 14 ust 10 dyrektywy 2009/28/UE (oraz zał. 10 do niej), który wprowadza wzajemną uznawalność gwarancji pochodzenia energii z wysokosprawnej kogeneracji. Innymi słowy są one równoznaczne względem siebie i mogą być wykorzystywane na terenie wszystkich państw członkowskich, uwierzytelnione[28] na podstawie przejrzystych i niedyskryminacyjnych kryteriów (określonych przez każde państwo członkowskie) pochodzenia energii elektrycznej. Równocześnie odmowa ich uznania przez państwo członkowskie musi być uzasadniona (dotyczy to zwłaszcza przyczyn związanych z zapobieganiem nadużyciom finansowym). Dodatkowym wymogiem jest przy tym obowiązek – po stronie państwa członkowskiego –powiadomienia Komisji Europejskiej o podjętej decyzji oraz przedstawienie jej uzasadnienia swego stanowiska. Trzeba nadmienić, ze organ ten (KE) został także uprawniony do podjęcia decyzji obligującej stronę odmawiającą do uznania gwarancji pochodzenia (szczególnie w odniesieniu do stosowania obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminacyjnych kryteriów, na podstawie których takie uznanie następuje), co ma eliminować m.in. przypadki dyskrecjonalnych decyzji organów państw członkowskich.

Nowym instrumentem swego rodzaju promocji energii z kogeneracji w polskim systemie prawnym jest tzw. gwarancja pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji. Niemniej prawo do uzyskania gwarancji pochodzenia samo z siebie nie implikuje prawa do czerpania korzyści z krajowych mechanizmów wsparcia obowiązujących w poszczególnych państwach.

Wdrożenie do krajowego prawodawstwa przepisów dyrektywy 2012/27/UE w zakresie gwarancji pochodzenia nastąpiło drogą nowelizacji (dodanie art. 9y––9zb pr. en.) poprzez ustawę z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej[29]. Pomimo braku zwartej definicji gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z kogeneracji w unijnym prawodawstwie polski ustawodawca konkretyzuje to pojęcie w dodanym art. 9y ust. 1 pr. en., zgodnie z którym jest ona „dokumentem poświadczającym, że określona w tym dokumencie ilość energii elektrycznej wprowadzonej do sieci dystrybucyjnej lub sieci przesyłowej została wytworzona w wysokosprawnej kogeneracji"[30]. Postępowanie

28 Elementy te stanowią obok przypisania świadectwom pochodzenia energii elektrycznej z odnawialnych źródeł statusu prawa majątkowego podstawową różnicę w zestawieniu z gwarancjami pochodzenia.

29 Dz.U. z 2016 r. poz. 831.

30 Na marginesie można się tylko zastanowić, czy dla celów porządkowych bardziej właściwym rozwiązaniem nie byłoby unormowanie przedmiotowej definicji w słowniczku do ustawy, tj. w art. 3 pr. en.

w sprawie wydania gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z kogeneracji prowadzone jest w trybie administracyjnym w zakresie przepisów o wydawaniu zaświadczeń (art. 9y ust. 5 pr. en.), na zasadach porównywalnych do postępowania w sprawie gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z odnawialnych źródeł (art. 120–125 ustawy o OZE[31]).

Na wstępie niniejszego wywodu warto wskazać, że w odróżnieniu od świadectw pochodzenia (dotyczących energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji), które wydawane są na ilość energii brutto, gwarancje pochodzenia wydawane są jedynie na ilość energii wprowadzonej do sieci, tj. ilość netto (czyli ilość energii brutto pomniejszoną o zużycie energii elektrycznej na potrzeby przemiany)[32]. Regulacja ta stanowi zapewnienie dla odbiorcy końcowego, że zużył on energię pochodzącą ze źródeł kogeneracyjnych, a takie zagwarantowanie jest możliwe jedynie w odniesieniu do energii, która co najmniej została do sieci wprowadzona.

Organem właściwym do wydania gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji pozostaje *per analogiam* – jak w wypadku świadectw pochodzenia – Prezes URE (art. 9z ust. 2 pr. en.). Wniosek[33] o wydanie przedmiotowego dokumentu (który ma postać elektroniczną – art. 9z ust. 5 pr. en.) składa się do operatora systemu elektroenergetycznego (przesyłowego i dystrybucyjnego), na obszarze którego została przyłączona jednostka kogeneracji, w terminie 30 dni[34] od dnia zakończenia wytworzenia danej ilości energii elektrycznej objętej wnioskiem[35]. Obowiązki operatora systemu zostały przy tym nieznacznie rozszerzone w stosunku do postępowania o wydanie świadectw pochodzenia

31 Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2015 r. poz. 478 z późn. zm,).

32 Zob. http://prawo-podatkowe.pl/finansowe/produkcja-energii-elektrycznej-netto (dostęp 30.06.2017).

33 Zgodnie z art. 9y ust. 4 pr. en.: „Wniosek o wydanie gwarancji pochodzenia zawiera:

1) oznaczenie przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się wytwarzaniem energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji;
2) określenie lokalizacji, rodzaju, mocy zainstalowanej elektrycznej i cieplnej jednostki kogeneracji, w której została wytworzona energia;
3) dane dotyczące ilości wprowadzonej do sieci energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji w jednostce kogeneracji;
4) określenie:

a) okresu, obejmującego jeden lub więcej następujących po sobie miesięcy kalendarzowych danego roku kalendarzowego, w którym energia elektryczna została wytworzona w jednostce kogeneracji, ze wskazaniem daty rozpoczęcia i zakończenia wytwarzania tej energii,
b) rodzaju i średniej wartości opałowej paliw, z których została wytworzona energia elektryczna i ciepło w jednostce kogeneracji, oraz ilości tych paliw ustalone na podstawie pomiarów dokonanych za pomocą oznaczonych urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych,
c) na podstawie pomiarów dokonanych za pomocą oznaczonych urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych, ilości ciepła użytkowego w kogeneracji, z podziałem na sposoby jego wykorzystania, oraz ilości energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji w danej jednostce kogeneracji,
d) ilości energii pierwotnej, wyrażonej w procentach, która została zaoszczędzona, kwalifikującej do uznania energii elektrycznej za wytworzoną w wysokosprawnej kogeneracji, obliczonej na podstawie referencyjnych wartości dla wytwarzania rozdzielonego;

5) wskazanie, czy jednostka kogeneracji określona we wniosku korzystała z mechanizmów i i instrumentów wspierających wytwarzanie energii elektrycznej w tej jednostce;
6) oznaczenie daty oddania jednostki kogeneracji do eksploatacji".

Dane określone w tym przepisie stanowią rozwinięcie informacji przewidzianych dla gwarancji pochodzenia w zał. 10 do dyrektywy 2012/27/WE.

34 Wydaje się jednak, że termin ten ma charakter wyłącznie instrukcyjny. Odmiennie bowiem niż w przypadku gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z odnawialnych źródeł (art. 125 ust. 1 pkt 1 ustawy o OZE) czy świadectw pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji (art. 9l ust 9 pr. en.) ustawodawca nie wiąże z jego niedotrzymaniem sankcji w postaci odmowy wydania przez Prezesa URE gwarancji pochodzenia. W skutek takiego podejścia można wnioskować, iż uchybienie wskazanego terminu nie prowadzi do wygaśnięcia prawa o charakterze materialnym.

35 Zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 września 2008 r., XVII AmZ 38/08, oraz postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie: z dnia 13 maja 2010 r., VI Acz 664/10, i z dnia 12 sierpnia 2010 r., VI ACz 1250/10.

(art. 9l ust. 8 pr. en.). Został on bowiem zobligowany, poza potwierdzeniem ilości wytworzonej energii elektrycznej w jednostce kogeneracji i wprowadzonej do sieci (art. 9y ust. 7 pr. en.), również do weryfikacji danych określonych we wniosku dotyczących oznaczenia przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się wytwarzaniem energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji oraz określenia lokalizacji, rodzaju, mocy zainstalowanej elektrycznej i cieplnej jednostki kogeneracji, w której została wytworzona energia (art. 9y ust. 6 pr. en.). W następstwie przeprowadzenia powyższych czynności operator systemu w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku przekazuje go Prezesowi URE. W pozostałym natomiast zakresie objętym wnioskiem to na wnioskodawcy ciążyć będzie *de facto* powinność weryfikacji danych. Przyjęcie takiego rozwiązania wydaje się co do zasady słuszne. Nie powoduje bowiem nadmiernego obciążenia operatora sytemu przedmiotowym obowiązkiem, przenosząc go na rzecz wnioskującego[36]. W sytuacji natomiast, gdy wniosek nie będzie zawierał określonych w nim danych, w kolejnym etapie postępowania Prezes URE wezwie zgodnie z art. 9z ust. 1 pr. en. wnioskodawcę do jego uzupełnienia w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania (pod rygorem jego pozostawienia bez rozpoznania). Niemniej pozostaje pytanie, czy wydana na tej podstawie gwarancja pochodzenia w istocie będzie zgodna ze stanem rzeczywistym. Wedle bowiem wykładni językowej Prezes URE jedynie wzywa przedsiębiorstwo energetyczne do uzupełnienia wniosku, w sytuacji gdy, jak można domniemywać, zawiera on ewidentne braki, np. w odniesieniu do rodzaju i średniej wartości opałowej paliw, z których została wytworzona energia elektryczna i ciepło w jednostce kogeneracji, czy do ilości ciepła użytkowego w kogeneracji, z podziałem na sposoby jego wykorzystania. Nie jest natomiast jasne, czy na podstawie przytoczonego przepisu organ regulacyjny uprawniony jest do weryfikacji danych określonych we wniosku, a tym samym odmowy wydania gwarancji pochodzenia. Kluczowy zdaje się w tym wypadku fakt, iż ustawodawca warunkuje wydanie odpowiedniej ilości gwarancji pochodzenia od dołączenia do wniosku sprawozdania dotyczącego jednostki kogeneracji za okres poprzedniego roku kalendarzowego, określonego na podstawie rzeczywistej średniorocznej sprawności przemiany energii chemicznej paliwa w energię elektryczną lub mechaniczną i ciepło użytkowe w kogeneracji (art. 9z ust. 2 w zw. z art. 9l ust. 10 pr. en.). Ów dokument zawiera informacje w przeważającej mierze zbieżne z danymi wskazanymi we wniosku o wydanie gwarancji pochodzenia, tj. (poza oznaczeniem przedsiębiorstwa, lokalizacji itd.) określenie rodzaju i średniej wartości opałowej paliw, z których została wytworzona energia elektryczna i ciepło w jednostce kogeneracji, oraz ilości tych paliw ustalone na podstawie pomiarów dokonanych za pomocą oznaczonych urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych; określenie, na podstawie pomiarów dokonanych za pomocą oznaczonych urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych, ilości ciepła użytkowego w kogeneracji, z podziałem na sposoby jego wykorzystania; określenie, na podstawie pomiarów dokonanych za pomocą oznaczonych urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych, danych dotyczących ilości energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji w danej jednostce kogeneracji; określenie okresu, w którym została wytworzona energia elektryczna w wysokosprawnej kogeneracji; określenie ilości energii pierwotnej wyrażonej w procentach, która została zaoszczędzona, kwalifikującej do uznania energii elektrycznej za wytworzoną w wysokosprawnej kogeneracji obliczonej na podstawie referencyjnych wartości dla wytwarzania rozdzielonego itd. Co jednak bardziej istotne w świetle art. 9l ust. 11 pr. en., prawidłowość powyższych danych następuje na podstawie badania[37] przeprowadzonego w przedsiębiorstwie energetycznym przez jednostkę akredytowaną przez Prezesa URE (np. Urząd Dozoru Technicznego UDT-CERT)[38]. Tym samym pozwala to

36 Dla przykładu: przepisy dotyczące gwarancji pochodzenia z odnawialnych źródeł przewidują obowiązek zweryfikowania przez operatora podanej przez wytwórcę daty pierwszego wytworzenia energii elektrycznej w odnawialnym źródle, co w sytuacji np. przebudowy źródła konwencjonalnego na odnawialne może sprawiać znaczne trudności (art. 11 ust. 6 pr. en. w zw. z ust. 3 pkt 6 tego przepisu).

37 Opinia w tym zakresie jest dołączana do przedmiotowego sprawozdania – art. 9l ust. 11 pkt 1 pr. en.

38 Zob. https://www.ure.gov.pl/pl/rynki-energii/energia-elektryczna/energia-z-kogeneracji/akredytowane-

stwierdzić, że może nie bezpośrednio przez Prezesa URE, ale jednak omawiane dane podlegają weryfikacji co do ich zgodności ze stanem rzeczywistym.

W kontekście samego wniosku o wydanie gwarancji pochodzenia warto także wspomnieć, iż jednym z jego wymogów jest wskazanie przez wytwórcę, czy jednostka kogeneracji korzystała z mechanizmów i instrumentów wspierających wytwarzanie energii elektrycznej w tej jednostce. Z uwagi na niezwykle pojemny charakter określenia „mechanizmy i instrumenty wsparcia", należy przyjąć, iż będą to wszelkie dostępne formy wsparcia – tak inwestycyjnego, jak również operacyjnego. Wydaje się zatem, że poza bezpośrednim wsparciem opartym na świadectwach pochodzenia, przedsiębiorstwo energetyczne powinno uwzględnić także innego rodzaju pomoc w postaci dotacji, subsydiów, preferencyjnych kredytów czy np. ustawowym częściowym zwolnieniu z opłat za przyłączenie do sieci energetycznej w stosunku do jednostek kogeneracji o mocy zainstalowanej poniżej 1 MW (art. 7 ust. 8 pkt 3 lit. a) pr. en.). Tym niemniej trzeba podkreślić, że wymóg ten ma w praktyce wyłącznie charakter formalny. Nie jest z nim bowiem związane żadne ograniczenie dotyczące możliwości pozyskania gwarancji pochodzenia.

Zgodnie z przyjętym przez ustawodawcę podejściem gwarancje pochodzenia wydaje się w postaci elektronicznej[39] z dokładnością do 1 MW i przekazuje się bezpośrednio do tzw. rejestru gwarancji pochodzenia (art. 9z ust. 4 i 5 pr. en.). Należy nadmienić, iż przedmiotowy dokument jest ważny 12 miesięcy od dnia jego wydania, co stoi w opozycji do bezterminowego charakteru świadectwa pochodzenia energii z wysokosprawnej kogeneracji[40].

W świetle art. 9zb. ust. 1 pr. en. podmiotami uprawnionymi do prowadzenia rejestru gwarancji pochodzenia są:

- giełda towarowa w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych lub
- podmiot prowadzący na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej rynek regulowany w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi[41].

W obecnym stanie prawnym powyższe wymagania spełnia jedynie Towarowa Giełda Energii SA. Wynika to z faktu, iż z chwilą zamknięcia w 2013 r. notowań przez POEE Rynek Energii (Platforma Obrotu Energią Elektryczną, wchodząca w skład Giełdy Papierów Wartościowych SA) prowadzącej rynek regulowany jest to jedyny podmiot, za pośrednictwem którego możliwa jest wymiana gwarancji pochodzenia z kogeneracji w ustawowo przyjętej formie[42].

Na podstawie informacji przekazywanej przez Prezesa URE podmiot rejestrujący wyda przedsiębiorstwu energetycznemu wpisanemu do rejestru gwarancji pochodzenia dokument potwierdzający, że określona w tym dokumencie ilość energii wprowadzonej do sieci dystrybucyjnej lub do sieci przesyłowej została wytworzona w wysokosprawnej kogeneracji (art. 9zb ust. 4 pr. en.)[43]. Ustawodawca wymaga przy tym, aby przedsiębiorstwo zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji (wpisane do rejestru gwarancji pochodzenia) poinformowało Prezesa URE oraz podmiot prowadzący rejestr o przekazaniu gwarancji pochodzenia odbiorcy końcowemu, w terminie 7 dni od dnia jej przekazania (art. 9zb ust. 5 pr. en.). Informacja ta skutkuje dokonaniem stosownego

-jednostki/2473,Wykaz-akredytowanych-jednostek.html (dostęp 30.06.2017).

39 Na podstawie art. 9zb Prezes URE przekazuje informacje o wydanych oraz uznanych gwarancjach pochodzenia podmiotowi, który prowadzi rejestr. Innymi słowy Prezes URE wystawia gwarancje, które wczytywane są do systemu informatycznego Towarowej Giełdy Energii SA.

40 Zgodnie z art. 9m ust. 10 pr. en.: „Prawa majątkowe wynikające ze świadectwa pochodzenia z kogeneracji wygasają z chwilą jego umorzenia", zob. M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych*. „System Prawa Handlowego", t. 4, Warszawa 2016, s. 708–709.

41 Podmioty organizujące obrót świadectwami efektywności energetycznej, o których mowa w art. 30 ust. 3 ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej.

42 W tym kontekście trzeba dodać, że podmiot ten prowadzi rejestr gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z odnawialnych źródeł. Toteż można domniemywać, że wkrótce utworzony zostanie także rejestr obejmujący gwarancje pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji.

43 Na podstawie art. 9zb ust. 7 pr. en.: „Wpis do rejestru gwarancji pochodzenia (…) oraz zmiany dokonane w tym rejestrze podlegają opłacie w wysokości odzwierciedlającej koszty prowadzenia tego rejestru".

wpisu w rejestrze (art. 9zb ust. 6 pr. en.), co ma uniemożliwić podwójne liczenie gwarancji pochodzenia. Jednakże pewnym mankamentem w zakresie wymiany gwarancji pochodzenia jest faktyczny brak przepisów odnoszących się do prowadzenia obrotu gwarancjami pochodzenia energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji za pośrednictwem podmiotu rejestrowego (a jedynie ich przekazywanie odbiorcom końcowym). Budzi to o tyle konfuzję, że odpowiednie rozwiązania prawne znalazły się w przepisach dotyczących gwarancji pochodzenia energii elektrycznej z odnawialnych źródeł, stanowiąc dodatkowy bodziec do rozwoju tego rodzaju instrumentu. Fakt ten może zatem znacząco ograniczyć skalę wymienialności gwarancji pochodzenia energii z kogeneracji, wpływając na ich dostępność.

In fine należy podkreślić, że ustawa – Prawo energetyczne w art. 9za ust. 1 wprowadza uznawalność gwarancji pochodzenia wydanych przez właściwe organy w państwie członkowskim Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym. Innymi słowy są one dokumentami poświadczającymi wytworzenie energii z kogeneracji równoważnymi na terenie całej UE (i pozostałych państwach spełniających powyższe wymogi). Przepis ten stanowi bezpośrednią implementację dyrektywy 2012/27/WE, zgodnie z którą państwa członkowskie zobowiązały się do uznawania gwarancji pochodzenia wydawanych przez inne państwa członkowskie UE. Jest to znacząca różnica w stosunku do przepisów dotyczących świadectw pochodzenia, które zasadniczo mają jedynie narodową naturę.

Ustawodawca wprowadza uznawalność gwarancji pochodzenia wydanych przez właściwe organy w państwie członkowskim Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

Przytoczone przepisy nie mają jednakże charakteru bezwzględnego. Prezes URE może odmówić[44] wydania gwarancji, gdy wystąpią uzasadnione wątpliwości co do jej autentyczności lub wiarygodności (art. 9za. ust. 2 pr. en.). W takiej sytuacji jest on zobowiązany do niezwłocznego powiadomienia o zaistniałym fakcie KE. Choć nie wynika to z przepisów krajowych, to trzeba powtórnie podkreślić, że w świetle dyrektywy 2012/27/WE Komsja Europejska może przyjąć decyzję, która zmusi stronę odmawiającą do uznania gwaran-

44 *In genere* należy wskazać, że do odmowy wydania gwarancji pochodzenia stosuje się – wobec podmiotów krajowych, jak i w innych państwach – przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.) odnoszące się do wydawania zaświadczeń. Tym samym znajdzie w tym wypadku zastosowanie art. 219 k.p.a., który stanowi: „Odmowa wydania zaświadczenia bądź zaświadczenia o treści żądanej przez osobę ubiegającą się o nie następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie". Zażalenie składa się do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 7 dni od dnia doręczenia postanowienia (art. 30 ust. 4 pr. en.). Szerz. M. Jaśkowska (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2000, s. 1012; R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 905–908.

cji (art. 14 ust. 10 pr. en.). Jak się wydaje, rozwiązanie to ma przede wszystkim zagwarantować, że polityka państwa członkowskiego nie będzie prowadziła do uprzywilejowania krajowych wytwórców energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji – względem zagranicznych przedsiębiorstw energetycznych.

5. Podsumowanie

Niewątpliwie podstawowym czynnikiem determinującym rozwój jednostek opartych na wysokosprawnej kogeneracji będzie kształt nowych regulacji prawnych. Wsparcie wprowadzone nowelą kogeneracyjną jest bowiem rozwiązaniem pomostowym, które trudno uznać za kluczowy impuls inwestycyjny dla nowych jednostek. Z pewnością istotny wpływ na nowe ustawodawstwo będzie miała polityka energetyczna Unii Europejskiej na lata 2020–2030 r., która, biorąc pod uwagę dotychczasowe ustalenia, utrwala przekonanie, iż postęp w tym obszarze jest niezwykle ważny. Podobne przeświadczenie można także wysunąć wobec polskiego legislatora, gdyż potrzeba kontynuacji utrzymania mechanizmów wsparcia jest dość silna i była wielokrotnie sygnalizowana, m.in. w dokumencie Rady Ministrów *Polityka energetyczna Polski do 2030 roku*[45] czy w roboczej wersji kolejnego dokumentu – do 2050 roku[46]. Wydaje się jednak, że system promocji energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji po 2018 r. będzie raczej zbliżony do rozwiązań właściwych odnawialnym źródłom energii. W przeciwnym wypadku problematyczne może okazać się jego notyfikowanie Komisji Europejskiej – ze względu m.in. na kryterium proporcjonalności wsparcia. Dodatkowym elementem, który wskazuje się jako mankament dotychczasowego mechanizmu, jest niestabilność cenowa świadectw pochodzenia na przestrzeni ostatnich lat, co wzmaga niepewność inwestycyjną.

Niemniej jednak, niezależnie od tego, jaką postać przyjmie kolejny program pomocowy dla wysokosprawnej kogeneracji, fundamentalne znaczenie będzie miał okres, na jaki zostanie on ustanowiony. Z tego względu uważam, że program powinien być wystarczająco długi, aby zagwarantować zwrot z inwestycji, nie powodując przy tym nadmiernych obciążeń dla odbiorców energii. Optymalnie zatem powinien on obejmować okres od 10 do 15 lat.

Wreszcie zastanawiające pozostaje, jaką rolę w promocji energii z kogeneracji będą pełniły gwarancje pochodzenia. Wprawdzie ze swej istotny nie są one *explicite* narzędziem wsparcia, niemniej wraz ze wzrostem świadomości odbiorców mogą zacząć stanowić coraz bardziej pożądany instrument. Z drugiej strony brak regulacji normujących obrót gwarancjami prawdopodobnie ograniczy ich potencjał rozwoju. W skrajnym przypadku może to nawet rodzić obawy, czy przedmiotowe przepisy nie będą pozostawały martwe (przynajmniej w jakiejś perspektywie czasowej). Ryzyko ekonomiczne utworzenia rejestru może się bowiem okazać większą barierą niż realizacja zamierzeń legislatora. Zainteresowanie przecież ewentualnych wytwórców i odbiorców końcowych omawianym instrumentem to proces wymagający czasu i kapitału. Z pewnością niebagatelne znacznie będzie przy tym także odgrywać wysokość opłat ponoszonych przez użytkowników rejestru[47].

PGE Polska Grupa Energetyczna

Partner numeru 1(39)/2017 „Forum Prawniczego".

Bibliografia

Czarnecka M., Ogłódek T., *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2009.

Gawlikowska-Fyk A., *New Climate and Energy Package for 2030*, „Biuletyn PISM" 2014, nr 8 (603), s. 1–2.

Gorzelak K., Braciszewska A., Braciszewska J., Rogalski T., *Towary giełdowe i towarowe instrumenty pochodne. Prawne aspekty obrotu*, Warszawa 2011.

Jaśkowska M., Wróbel A. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2000, s. 1012–1013.

45 Dokument przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 10 listopada 2009 roku.

46 Zob. *Polityka energetyczna Polski do 2050 roku*, http://bip.me.gov.pl/node/24670 (dostęp 30.06.2017).

47 Zgodnie z art. 9zb ust. 7 pr. en.: „Wpis do rejestru gwarancji pochodzenia (…) oraz zmiany dokonane w tym rejestrze podlegają opłacie w wysokości odzwierciedlającej koszty prowadzenia tego rejestru".

Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 905–908.

Muras Z., *Energetyka odnawialna i kogeneracja – ewolucja systemu wsparcia*, „Czysta Energia" 2010, nr 1, s. 12–14.

Muras Z., *Gwarancja pochodzenia – instrument wsparcia energii?*, „Czysta Energia" 2015, nr 1, s. 16–19.

Paś J, *Linie napowietrzne wysokich napięć: środowisko elektromagnetyczne a ograniczenia w użytkowaniu terenów*, „Biuletyn WAT" 2014, t. 63, nr 3, 51–63.

Roggenkamp M., Redgwell C., Ronne A., Guayo I., *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation*, Oxford 2016, s. 183–185.

Skorek J., Kalina J., *Gazowe układy kogeneracyjne*, Warszawa 2005.

Stec M., *Prawo instrumentów finansowych*, „System Prawa Handlowego", t. 4, Warszawa 2016.

Swora M., Muras Z. (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2010.

Sznycer M., Cwalina-Kowalewska A., Grzywacz A., *Wpływ noweli kogeneracyjnej na rynek odbiorcy końcowego*, ttp://cire.pl/pliki/2/wplyw_noweli_kogeneracyjnej_na_rynek_odbiorcow_koncowych.pdf (dostęp 30.06.2015).

Beata Patrycja Walczyna

Partycypacja społeczna w planowaniu przestrzennym – ocena praktycznego działania zasady

Beata Patrycja Walczyna

Doktorantka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, absolwentka tego wydziału na kierunku prawo, które ukończyła z wyróżnieniem. Specjalista ds. postępowań sądowych i egzekucyjnych w PZU SA.

✉ *beatawalczyna@gmail.com*

Public Participation in Spatial Planning – Evaluation of the Principle

Public participation is an essential element of any spatial planning procedure. There is no doubt that it is one of the forms of the exercise of the right to protect legal entities' interests. Moreover, public participation in spatial planning guarantees the increase of the effectiveness of methods used by the public sector representatives to ensure a rational organization of territory and efficient use of land. Last but not least, accessibility of information about spatial proposals helps to build trust between members of local communities and spatial planning decision makers. Contrary to these theoretical assumptions, in certain cases, turning the principle of public participation in the spatial planning into legal practice causes many difficulties. One of the main problems is the fact that municipal and regional authorities fail to properly carry out public deliberations and consultations. For that reason, it can be concluded that public participation in spatial planning cannot ensure fair and adequate representation of citizens' concerns and opinions.

Wprowadzenie

Zasada partycypacji społecznej oznaczająca „udział obywateli w zarządzaniu sprawami społeczności, której są członkami"[1], stanowi podstawę funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego. Konieczność jej realizacji w procesie sprawowania władzy publicznej została zaakcentowana w aktach prawa międzynarodowego, w tym zwłaszcza Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych otwartym do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r.[2], którego art. 25 pkt a) stanowi: „Każdy obywatel ma prawo i możliwości, bez żadnej dyskryminacji i bez nieuzasadnionych ograniczeń do uczestniczenia

1 J. Hausner (red.), *Komunikacja i partycypacja społeczna. Poradnik*, Kraków 1999, s. 41.

2 Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

w kierowaniu spawami publicznymi bezpośrednio lub za pośrednictwem swobodnie wybranych przedstawicieli".

W polskim porządku prawnym koncepcja współpracy prywatnych i publicznych podmiotów prawa w rozwiązywaniu problemów publicznych jest wywodzona z zasady dialogu społecznego wspomnianej w preambule Konstytucji RP. Wskazano tam, że ustawa zasadnicza została ustanowiona jako „prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot"[3].

Za trafne można uznać stwierdzenie Zofii Kinowskiej, że „warunkiem pomyślnego funkcjonowania demokratycznego państwa jest wysoki poziom partycypacji obywatelskiej, a wskaźniki społecznego zaangażowania świadczą o kondycji systemu politycznego i poziomie jego społecznej legitymacji"[4]. Jednakże, jak wynika z badań prowadzonych przez Instytut Spraw Publicznych, mimo że około 66% obywateli deklaruje swoje zainteresowanie sprawami publicznymi, tylko około 31% w jakikolwiek sposób włącza się w proces podejmowania decyzji przez organy władzy publicznej na poziomie lokalnym[5].

Przedmiot niniejszego opracowania został ograniczony do badania gwarancji realizacji zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym. W toku wywodu analizie poddano rozwiązania prawne z zakresu budowania ładu przestrzennego przyjmowane w Polsce w ciągu kilkudziesięciu lat. Na tym tle praktyczne funkcjonowanie omawianej zasady zostało ocenione w oparciu o obowiązującą ustawę o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

1. Zasada partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym

Wśród „spraw społeczności", do których odwołuje się definicja pojęcia „partycypacja społeczna" przytoczona we wstępie niniejszego wywodu, można wyróżnić gospodarowanie przestrzenią i będące jego istotnym elementem planowanie przestrzenne, a więc: „wskazywanie możliwości optymalnego wykorzystania przestrzennie zróżnicowanych cech danego obszaru dla osiągnięcia celów rozwojowych, ustalenie rozmieszczenia w przestrzeni i koordynacja w czasie działań rozwojowych"[6].

W piśmiennictwie przyjmuje się, iż poczucie przywiązania do konkretnego terenu wpływa na powstawanie więzi, na których opiera się funkcjonowanie społeczeństwa[7]. Stąd wszelkie działania organów administracji publicznej podejmowane względem określonej przestrzeni, w tym również posługiwanie się instrumentami prawnymi polityki przestrzennej, czyli przyjmowanie konkretnych rozwiązań przestrzennych w aktach planistycznych, są przedmiotem zainteresowania członków wspólnoty żyjącej na danym obszarze. Można przyjąć, że powyższe wynika z istniejącego w społeczeństwie przekonania o tym, iż „przestrzeń jest dobrem, którego nie można powiększyć, (…) zasoby polskiej przestrzeni są i będą w przyszłości podstawowym czynnikiem rozwoju kraju oraz podstawowym czynnikiem poprawy jakości życia", na co zwrócił uwagę Maciej Borsa[8].

2. Gwarancje realizacji zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym

2.1. Wpływ ewolucji modelu planowania przestrzennego na sposób urzeczywistnienia zasady partycypacji społecznej w budowaniu ładu przestrzennego

Nie wydaje się, by było możliwe dokonanie właściwej oceny gwarancji zasady partycypacji społecznej

3 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

4 Z. Kinowska, *Kondycja społeczeństwa obywatelskiego w Polsce*, „Infos" 2012, nr 22 (136), s. 1.

5 A. Olech, P. Sobiesiak-Penszko, *Partycypacja publiczna w Polsce. Diagnoza i rekomendacje*, „Analizy i Opinie" 2013, nr 3, s. 12.

6 Uchwała Nr 239 Rady Ministrów z dnia 13 listopada 2011 r. w sprawie przyjęcia Koncepcji Przestrzennego Zagospodarowania Kraju 2030 (M.P. z 2012 r., poz. 252), s. 17.

7 J. Wódz, *Poczucie przynależności lokalnej – niektóre czynniki konstytutywne* (w:) B. Jałowiecki, K. Sowa, P. Dudkiewicz (red.), *Społeczności lokalne. Teraźniejszość i przyszłość*, Warszawa 1989, s. 50–51.

8 M. Borsa, *Stan zagospodarowania przestrzennego Polski i jego konsekwencje – informacja wprowadzająca. Wyzwania dla polskiej polityki przestrzennej. Konferencja organizowana przez sejmową Komisję Infrastruktury, Ministerstwo Infrastruktury we współpracy z Biurem Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu. Materiały pokonferencyjne*, Warszawa 2008, s. 31.

w planowaniu przestrzennym wynikających z obowiązujących przepisów prawa bez analizy kolejnych modeli gospodarowania przestrzenią, jakie były przyjmowane w Polsce na przestrzeni kilkudziesięciu lat.

W literaturze wskazuje się, że idea gospodarowania przestrzenią zaczęła rozwijać się w naszym państwie na przełomie XIX i XX wieku, pod wpływem teorii dotyczących znaczenia przestrzeni w gospodarce, formułowanych przez przedstawicieli nauki niemieckiej, takich jak Johann Heinrich von Thünen czy Wilhelm Launhardt[9].

Idea gospodarowania przestrzenią zaczęła rozwijać się w Polsce na przełomie XIX i XX wieku.

Pierwszym aktem prawnym regulującym jednolicie problematykę gospodarowania przestrzenią było rozporządzenie z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanem i zabudowaniu osiedli[10] (dalej: rozporządzenie o pr. bud.). Według przedstawicieli doktryny o innowacyjności konstrukcji z zakresu planowania przestrzennego, przyjętych we wskazanym rozporządzeniu, świadczy to, że zawarte w nim rozwiązania prawne były „powszechnie stosowane w tym okresie w innych państwach europejskich"[11]. Z tej przyczyny znamienne jest, że zgodnie z art. 25 rozporządzenia o pr. bud. przystąpienie do sporządzenia planu zabudowania powinno być ogłoszone w stosowny sposób[12].

Analiza przywołanego przepisu prawa pozwala stwierdzić, że już w latach trzydziestych XX wieku w polskim porządku prawnym zwrócono szczególną uwagę na niezbędność komunikowania przez organy władzy publicznej członkom społeczności lokalnej projektowanych zamierzeń planistycznych. Przedmiotową regulację prawną należy ocenić pozytywnie – jako ukierunkowaną na dbałość o dostarczanie mieszkańcom miejscowości miejskich i wiejskich informacji o przystąpieniu do sporządzania aktu planistycznego. Przy zachowaniu warunku rzetelności oraz powszechnej dostępności ogłoszeń, o których mowa w art. 25 rozporządzenia o pr. bud., organy władzy publicznej miały możliwość osiągnięcia jednego z podstawowych celów działań komunikacyjnych opisanych współcześnie przez Jerzego Hausnera[13], a więc stworzenia warunków do faktycznego zaangażowania się członków społeczności lokalnej w sprawy budowania ładu przestrzennego. Co więcej, zgodnie z art. 31 rozporządzenia o pr. bud. wszelkie zainteresowane osoby miały prawo zaznajomić się z treścią planów zabudowania w terminach oznaczonych w ogłoszeniu, a w ciągu dwóch tygodni po upływie okresu wyłożenia planów także prawo zgłoszenia zarzutów, których „rozpatrzenie i załatwienie przez organa" przewidywał art. 32 tegoż rozporządzenia.

Po II wojnie światowej na kształt polskiego modelu gospodarowania przestrzenią wpływał istniejący system gospodarki planowej. Co prawda, w dekrecie z dnia 2 kwietnia 1946 r. o planowym zagospodarowaniu przestrzennym kraju[14] zachowano opisany powyżej obowiązek ogłaszania o przystąpieniu do sporządzania aktu planistycznego. Tym niemniej,

9 A. Janiszewska, *Gospodarka przestrzenna – definicje i powiązania z innymi naukami*, „Space–Society–Economy" 2009, nr 9, s. 11–21.

10 Dz.U. z 1928 r., nr 23, poz. 202.

11 I. Zachariasz, *Uwagi wstępne* (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, Warszawa 2013, s. 23.

12 Art. 25 rozporządzenia o pr. bud.: „O przystąpieniu do sporządzania planu zabudowania powinno nastąpić ogłoszenie w sposób, przyjęty w danej miejscowości, oraz ogłoszenie w »Monitorze Polskim« tudzież we właściwym »Dzienniku Wojewódzkim« i co najmniej w dwóch pismach miejscowych, jeżeli takie istnieją, a w miejscowościach wiejskich ponadto w drodze wywieszenia obwieszczenia we właściwych zarządach gmin w miejscu widocznem na okres co najmniej jednego tygodnia".

13 J. Hausner (red.), *Komunikacja*…, dz. cyt., s. 33.

14 Dz.U. z 1946 r., nr 16, poz. 109.

organami posiadającymi kompetencję do tworzenia planów krajowych, regionalnych i miejscowych były, odpowiednio, Główny Urząd Planowania Przestrzennego oraz podległe mu, a więc w praktyce pozbawione przymiotu niezależności, organy niższego szczebla, czyli regionalne dyrekcje planowania przestrzennego i miejscowe urzędy planowania przestrzennego. Dodatkowo ograniczono prawo do zgłaszania zarzutów wobec planów miejscowych poprzez wprowadzenie zasady wnoszenia przedmiotowych zastrzeżeń do regionalnej dyrekcji planowania przestrzennego „przez miejscowy urząd planowania przestrzennego", to jest za pośrednictwem innego organu władzy publicznej. Stąd nie można uznać, że postanowienia przedmiotowego aktu prawnego zapewniały realizację zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym.

Kolejnym aktem prawnym regulującym zagadnienie budowania ładu przestrzennego była ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r. o planowaniu przestrzennym[15], której art. 22 ust. 1 i 2 wprowadzał obowiązek wyłożenia planu miejscowego do wglądu oraz podania stosownej informacji do publicznej wiadomości w lokalnym czasopiśmie i na tablicy ogłoszeń prezydium właściwej rady narodowej. Przy czym wskazane powinności organów władzy publicznej dotyczyły tylko jednego rodzaju planu miejscowego, czyli planu szczegółowego. Nie odnosiły się do planu ogólnego, który zgodnie z art. 18 ust. 1 omawianego aktu prawnego stanowił podstawę sporządzania planu szczegółowego.

Jak podkreśla się w literaturze, regulacje prawne przyjmowane w latach siedemdziesiątych i na początku lat osiemdziesiątych XX wieku w Polsce w zakresie gospodarowania przestrzenią stanowiły kontynuację wcześniej przyjętych koncepcji[16]. I tak, zgodnie z art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym[17] w przypadku planów regionalnych organy administracji państwowej, jednostki gospodarki uspołecznionej, organizacje naukowe, społeczne i zawodowe oraz osoby fizyczne i prawne mogły: „występować do organów właściwych w sprawach sporządzania założeń do planów zagospodarowania przestrzennego oraz projektów tych planów z wnioskami w sprawie uwzględnienia w projektach założeń i projektach planów odpowiednich rozwiązań". Natomiast w myśl art. 27 ust 2 przedmiotowego aktu prawnego po podaniu do publicznej wiadomości przez terenowy organ administracji państwowej o właściwości ogólnej stopnia wojewódzkiego, zainteresowane organy administracji państwowej, jednostki organizacyjne, organizacje i osoby fizyczne mogły zgłaszać uwagi i wnioski dotyczące sposobu zagospodarowania przestrzennego danego obszaru. Pomimo tak szerokiego określenia kręgu podmiotów uprawnionych do zajmowania stanowiska wobec projektowanych koncepcji planistycznych, uwzględnienie ówczesnego układu stosunków społecznych i politycznych pozwala, jak się wydaje, stwierdzić, że przedmiotowa regulacja służyła jedynie utrzymaniu fikcji realizacji zasady partycypacji społecznej.

Trudno nie zgodzić się z poglądem prezentowanym przez Waldemara Siemińskiego, zgodnie z którym „istotnym krokiem w kierunku prawnego usankcjonowania w dziedzinie planowania i zagospodarowania przestrzeni typowej dla rozwiniętej demokracji, zasady udziału obywateli w podejmowaniu decyzji publicznych"[18] była ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym[19] (dalej: u.z.p.). Zgodnie z art. 18 ust 2 pkt 1 u.z.p. właściwy organ, to jest zarząd gminy, a od 27 października 2002 r. wójt, burmistrz lub prezydent miasta, był obowiązany ogłosić o przystąpieniu do sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (dalej: plan miejscowy), określając formę, miejsce i termin składania wniosków do planu. Po przygotowaniu projektu planu miejscowego na właściwym organie spoczywała powinność zawiadomienia na piśmie o terminie wyłożenia projektu planu miejscowego – między innymi właścicieli lub władających nieruchomościami, których interes prawny mógł być naruszony ustaleniami planu, oraz osób, których wnioski nie zostały uwzględnione w projekcie planu. Dodatkowo art. 23

15 Dz.U. z 1961 r., nr 7, poz. 47.

16 K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, P. Sosnowski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 10.

17 Dz.U. z 1984 r., nr 35, poz. 185.

18 W. Siemiński, *Cele i zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym – przegląd literatury*, „Człowiek i Środowisko" 2007, t. 31, nr 1–2, s. 40.

19 Dz.U. z 1994 r., nr 89, poz. 415.

i art. 24 u.z.p. wprowadzały dwie odrębne instytucje kwestionowania ustaleń projektu planu miejscowego. Każdy, kto odmawiał trafności ustaleniom przyjętym w projekcie planu miejscowego wyłożonym do wglądu, mógł wnieść protest. Jak wskazywano w ówczesnym piśmiennictwie, protest mógł „obejmować jakąkolwiek kwestię ujętą w projekcie lub też cały projekt, albo sposób jego przygotowania czy procedurę"[20]. W odróżnieniu od protestu, prawo wniesienia zarzutu przysługiwało ograniczonemu kręgowi podmiotów, to jest osobom, których interes prawny lub uprawnienia zostały naruszone przez założenia przyjęte w projekcie planu miejscowego. Jak wskazał NSA w jednym ze swoich orzeczeń wydanych na podstawie ówczesnego stanu prawnego: „W uzasadnieniu uchwały rada gminy ma obowiązek ustosunkowania się do wszystkich zarzutów w sposób dogłębny i powinna przekonywująco uzasadnić swoje stanowisko. Arbitralne negowanie zarzutów bez uzasadnienia przyjętej oceny nie spełnia wymogów należytego wyjaśnienia tychże zarzutów, zwłaszcza, gdy faktycznie zainteresowani nie mieli możności wypowiedzenia się na sesji rady, na której podjęto uchwałę odrzucającą zarzuty nie będąc o niej powiadomieni"[21]. Co istotne, ustawa o zagospodarowaniu przestrzennym wprowadzała termin nie dłuższy niż miesiąc, w którym właściwy organ miał obowiązek rozpatrzenia zarówno wniesionych protestów, jak i zgłoszonych zarzutów oraz przedstawienia radzie gminy tych, które nie zostały uwzględnione w projekcie aktu planistycznego. Znamiennym jest również, że zgodnie z art. 27 ust. 1 przywołanego aktu prawnego każde naruszenie omówionych postanowień ustawy powodowało nieważność uchwały rady gminy w całości lub części. Według poglądu Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA): „Ustanowienie tego rodzaju zasady jest ze wszech miar uzasadnione. Skoro bowiem plan miejscowy jest przepisem gminnym, a więc prawem lokalnym powszechnie obowiązującym, rygory jego stanowienia muszą być ściśle przestrzegane. Stanowi to jedną z gwarancji państwa prawnego w tworzeniu prawa lokalnego"[22]. Przedstawiona analiza wybranych postanowień ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym czyni uzasadnionym twierdzenie, że przedmiotowy akt prawny stanowił pierwszą regulację procedury budowania ładu przestrzennego przez organy władzy publicznej, która zapewniała poszanowanie zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym.

2.2. Realizacja zasady partycypacji społecznej na gruncie obowiązującej ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym

Obecnie możliwość udziału członków społeczeństwa w budowaniu ładu przestrzennego została zagwarantowana w ustawie z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym[23] (dalej: u.p.z.p.). Przy czym wymaga zaznaczenia, że zasada partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym funkcjonuje jedynie na dwóch poziomach gospodarowania przestrzenią – lokalnym i regionalnym, a nie dotyczy planowania przestrzennego na poziomie krajowym, które Andrzej Zastawnik określa jako „nieuspołecznione"[24].

I tak na poziomie lokalnym, w myśl przepisów przedmiotowego aktu prawnego[25], po podjęciu przez radę gminy uchwały o przystąpieniu do sporządzenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego (dalej: studium) lub planu miejscowego, wójt, burmistrz albo prezydent miasta ogłasza w miejscowej prasie oraz przez obwieszczenie, a także w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości, o podjęciu uchwały, określając formę, miejsce i termin składania wniosków dotyczących wskazanych aktów planistycznych. Następnie ogłasza o wyłożeniu projektu studium lub planu miejscowego do publicznego wglądu, wykłada projekt do publicznego wglądu, publikuje na stronach internetowych urzędu gminy, wyznaczając termin, w którym osoby prawne i fizyczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej mogą wnosić uwagi dotyczące projektu. Co więcej, organizuje dyskusję

20 J. Zimmermann, *Zarzuty i protesty w procedurze planowania przestrzennego*, „Samorząd Terytorialny" 1996, nr 10, s. 27.

21 Wyrok NSA z dnia 4 października 2002 r., SA/Bk 472/02.

22 Wyrok NSA z dnia 29 maja 2001 r., II SA/Wr 2350/00.

23 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 199.

24 A. Zastawnik, *Kształtowanie przestrzeni z udziałem społeczności lokalnych w procesie planowania przestrzennego na wybranych przykładach z gmin małopolskich*, Kraków 2013, s. 40.

25 Zob. art. 11 pkt 1, 10 i 11 oraz art. 17 pkt 1, 9 i 10 u.p.z.p.

publiczną nad przyjętymi w projekcie rozwiązaniami. Natomiast na poziomie regionalnym, zgodnie z art. 41 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p., po podjęciu przez sejmik województwa uchwały o przystąpieniu do sporządzania planu zagospodarowania przestrzennego województwa (dalej: plan województwa), marszałek województwa ogłasza w prasie ogólnopolskiej oraz przez obwieszczenie w urzędach gmin, starostwach powiatowych, urzędzie marszałkowskim i urzędzie wojewódzkim o podjęciu uchwały o przystąpieniu do sporządzania planu, określając formę, miejsce i termin składania wniosków dotyczących przedmiotowego aktu planistycznego.

Do społecznego udziału w planowaniu przestrzennym dochodzi na poziomie lokalnym i regionalnym.

3. Partycypacja społeczna jako element procesu budowania ładu przestrzennego

Spostrzeżenia poczynione powyżej zmierzają w kierunku podkreślenia, że zasada partycypacji społecznej jest nieodzownym elementem procesu budowania ładu przestrzennego na określonym obszarze.

Przede wszystkim możliwość zgłaszania wniosków i uwag, o których mowa w przywołanych przepisach prawa, należy uznać za jedną z form realizacji prawa do „ochrony własnego interesu prawnego przy zagospodarowaniu terenów należących do innych osób lub jednostek organizacyjnych" przewidzianego w art. 6 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. Prawdą jest, że cytowany przepis „nie jest przepisem prawa materialnego, kształtującym sytuację prawną, nie przyznaje on bowiem żadnych konkretnych uprawnień"[26], co zaznaczył NSA w jednym ze swoich orzeczeń. Niemniej jednak przewidziano w nim ochronę indywidualnego interesu prawnego każdego podmiotu prawa w procesie planowania przestrzennego. Stąd szczególnego znaczenia nabiera koncepcja, według której wśród środków przedmiotowej ochrony, obok skargi do sądu administracyjnego na uchwałę organu jednostki samorządu terytorialnego w sprawach z zakresu administracji publicznej, wyróżnia się instytucję wniosków i uwag do projektu studium, planu miejscowego lub planu województwa[27]. Jak podkreśla Tomasz Bąkowski, przedmiotowe narzędzia mogą być skuteczne jedynie względnie, gdyż nie gwarantują pozytywnego rozpatrzenia postulatów i propozycji podmiotu składającego wniosek czy zgłaszającego uwagę. Jednocześnie jednak pozwalają na wyrażenie ujemnej oceny treści wskazanych aktów planistycznych[28].

Nadto wskazać trzeba, że umożliwienie członkom społeczeństwa poznania założeń projektów studium, planu miejscowego oraz planu województwa, jak również wzięcia udziału w dyskusji publicznej i zgłoszenia własnych propozycji określonych rozwiązań przestrzennych przyczynia się do zwiększenia skuteczności metody gospodarowania przestrzenią wybranej przez organy administracji publicznej. Należy zgodzić się z Tadeuszem Sumieniem, który stwierdził: „Partycypacja społeczna to uzyskanie szerszej reprezentacji i poparcia społecznego dla decyzji planistycznych (…) zmniejszenie dużej ilości występujących konfliktów"[29].

Prawdą jest, że zgodnie z poglądem wyrażonym w jednym z orzeczeń NSA: „Cechą dyskusji publicznej

26 Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2008 r., II OSK 1335/07.

27 T. Bąkowski, *Prawne procedury planowania przestrzennego w kontekście ochrony interesu publicznego oraz interesu indywidualnego* (w:) I. Zachariasz (red.), *Kierunki reformy prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2012, s. 55.

28 T. Bąkowski, tamże, s. 53.

29 Cyt. za: W. Siemiński, *Cele i zasady…*, dz. cyt., s. 47. Zob. uchwała Nr 239 Rady Ministrów z dnia 13 listopada 2011 r., cyt. wyżej, w szczeg. załącznik do uchwały, s. 166: „Nieadekwatność rozwiązań prawnych do faktycznych potrzeb partycypacji społecznej w procedurach planistycznych, w szczególności na poziomie lokalnym, skutkuje jej pozornością i nie zapobiega konfliktom generowanym w tych procesach".

jest zamiar wysondowania opinii (poglądów, stanowiska) określonych grup społecznych (wspólnoty samorządowej lub zainteresowanych środowisk). Dyskusja ta ma charakter opiniodawczy, a więc jej wynik nie jest wiążący dla organów gminy"[30]. Tym niemniej nie sposób zaprzeczyć, że uzyskanie społecznej akceptacji dla opracowanej koncepcji budowania ładu przestrzennego, wyrażonej w aktach planistycznych, uwzględniającej wartości i wymagania wskazane w ustawie o planowanie i zagospodarowaniu przestrzennym, warunkuje możliwość swobodnej realizacji przyjętych założeń[31].

Podnieść też warto, że istnienie gwarancji zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym przyczynia się do wzrostu poczucia bezpieczeństwa prawnego członków danej społeczności. Przewidywalność działań planistycznych podejmowanych przez organy gminy i województwa jest warunkiem wolności obywateli w demokratycznym państwie prawnym. Trudno bowiem zaprzeczyć, że uprzednie poznanie rozwiązań zawartych w projektach aktów planistycznych umożliwia podmiotom prawa organizację życiowych spraw i zachęca do podejmowania odważnych decyzji inwestycyjnych.

Możliwość poznania założeń projektów aktów planistycznych oraz zgłoszenia własnych propozycji rozwiązań przestrzennych zwiększa skuteczność metody gospodarowania przestrzenią wybranej przez organy administracji publicznej.

4. Funkcjonowanie partycypacji społecznej w praktyce gospodarowania przestrzenią

Wbrew omówionym w toku wywodu teoretycznym założeniom zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym – jej funkcjonowanie w praktyce gospodarowania przestrzenią można ocenić negatywnie.

Po pierwsze, ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym przewiduje stosowne terminy na zgłoszenie wniosków i uwag oraz obowiązek rozstrzygnięcia o sposobie ich rozpatrzenia. Jednak nierzadko organy administracji publicznej przedkładają dbałość o zachowanie sprawności oraz terminowości procedury uchwalania aktów planistycznych ponad rzetelność organizacji dyskusji publicznej, będącej wyrazem udziału czynnika społecznego w gospodarowaniu przestrzenią. Jak wskazuje Katarzyna Barańska, wiąże się to z ogólną tendencją do postrzegania wszelkich konsultacji oraz dysput z członkami społeczeństwa jako przypadków „marnowania czasu"[32]. Powyższe dotyczy zwłaszcza planowania przestrzennego na obszarach, na których istnieje potrzeba niezwłocznej zmiany sposobu zagospodarowania określonego terenu. W mojej ocenie opisane zjawisko prowadzi do stopniowego umniejszania roli, jaką powinna odgrywać dyskusja, o której mowa w art. 11 pkt 10 oraz art. 17 pkt 9 u.p.z.p., w decydowaniu o wykorzystaniu przestrzeni. Wydaje się, że nieprawidłowemu organizowaniu przedmiotowej dyskusji publicznej sprzyja brak określenia jej formy w przepisach prawa, na co zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Krakowie w jednym ze swoich orzeczeń, podkreślając, że ustawa o planowa-

30 Wyrok NSA z dnia 20 czerwca 2006 r., II OSK 277/06.

31 Zob. art. 1 i 2 u.p.z.p.

32 K. Barańska, *W kierunku partycypacji – kilka uwag na temat kierunków reformy planowania i zagospodarowania przestrzennego w perspektywie rozwoju lokalnego* (w:) I. Zachariasz (red.), *Kierunki…*, dz. cyt., s. 63.

niu i zagospodarowaniu przestrzennym „nie definiuje pojęcia publicznej dyskusji i nie przewiduje dla niej jakiejś szczególnie określonej formuły. Ustawa nie zawiera bliższego określenia zasad przeprowadzania dyskusji publicznej”[33].

Po drugie, zgodnie z art. 7 u.p.z.p. rozstrzygnięcia organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego o nieuwzględnieniu wniosków i uwag dotyczących aktów planistycznych nie podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Jak wskazał WSA w Gorzowie Wielkopolskim w jednym ze swoich orzeczeń: „Ustawodawca wyraźne wyłączył więc możliwości weryfikacji rozstrzygnięć, co uniemożliwia poszukiwanie podstaw do odpowiedniego stosowania przepisów k.p.a. w zakresie środków odwoławczych od decyzji administracyjnych i postanowień w procedurach sporządzania projektów planu zagospodarowania przestrzennego województwa, studium gminnego oraz miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Możliwość zaskarżania działań planistycznych powstaje dopiero po podjęciu uchwał w sprawie wymienionych wyżej aktów”[34]. Na tym tle można wyrazić pogląd, że wspomniana wcześniej reguła względnej skuteczności wniosków i uwag wpływa na obniżenie znaczenia zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym, gdyż skutkuje powstaniem powszechnego przekonania o braku celowości włączania się członków wspólnoty żyjącej na danym obszarze w gospodarowanie przestrzenią.

Po trzecie, organy administracji publicznej, postrzegając omówione dotychczas przejawy zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym jedynie jako ograniczenie posiadanego władztwa planistycznego, często rezygnują ze słusznych czy potrzebnych, ale kontrowersyjnych bądź uciążliwych społecznie rozwiązań planistycznych na rzecz działań, które można określić jako zachowawcze. Spodziewając się wpływu znacznej liczby wniosków i uwag oraz pojawienia się ewentualnych sporów sądowoadministracyjnych z właścicielami nieruchomości położonych na określonych obszarach, organy administracji publicznej w wielu wypadkach porzucają zamiary wykorzystania walorów przestrzeni – ekonomicznych, architektonicznych czy krajobrazowych – działając tym samym w sposób nieracjonalny i nieefektywny. Nie sposób zaprzeczyć, że prowadzi to często do utraty szansy na poprawę warunków rozwoju społeczno-gospodarczego terenu.

Brak rzetelnych informacji na temat treści studium i planu miejscowego sprzyja powstawaniu nieufności wobec zamierzeń planistycznych organów administracji publicznej.

Po czwarte, wydaje się, że wbrew postulatowi ochrony bezpieczeństwa prawnego istniejący w wielu jednostkach samorządu terytorialnego brak rzetelnych informacji na temat treści studium i planu miejscowego sprzyja powstawaniu nieufności wobec zamierzeń planistycznych organów administracji publicznej. Z tej przyczyny posługiwanie się przez organy gminy indywidualnymi decyzjami o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, o których mowa w art. 4 ust. 2 u.p.z.p., jest zgodnie krytykowane w piśmiennictwie[35]. Podkreśla się zwłaszcza, że wskazane decyzje przyczyniają się do powstania chaosu przestrzennego

33 Wyrok WSA w Krakowie z dnia 28 stycznia 2008 r., II SA/Kr 29/07.

34 Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 3 września 2008 r., II SAB/Go 16/08.

35 J. Sołtys, *Rola planowania przestrzennego w realizacji rozwoju zrównoważonego* (w:) E. Toczyska (red.), *Planowanie*

i naruszania zasad gospodarowania przestrzenią[36]. Stąd za niepokojące należy uznać dane zawarte w raportach dotyczących stanu zagospodarowania polskiej przestrzeni, zgodnie z którymi tylko w 2012 r. wydano 142,7 tys. decyzji o warunkach zabudowy[37].

Podsumowanie

Podsumowując poczynione spostrzeżenia, trzeba podkreślić, że we wszystkich aktach prawnych omówionych w toku wywodu przewidziano gwarancje realizacji zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym. Znamienne jest, że nie mają one jednolitego charakteru. Z jednej strony są to obowiązki spoczywające na organach administracji publicznej, w tym zwłaszcza konieczność ogłoszenia o przystąpieniu do sporządzania projektu aktu planistycznego oraz powinność wyłożenia projektu do wglądu i podania stosownej informacji do wiadomości publicznej. Jednocześnie są to uprawnienia przyznawane podmiotom prawa, mające zapewniać rzeczywisty udział czynnika społecznego w gospodarowaniu przestrzenią. I tak, należy wyróżnić prawo wniesienia zarzutów wobec rozwiązań planistycznych, przewidziane w rozporządzeniu o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli z 1928 r. i w dekrecie o planowym zagospodarowaniu przestrzennym kraju z 1946 r., prawo wniesienia protestu lub zarzutu wynikające z ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym z 1994 r., a także prawo zgłoszenia uwag i wniosków przewidziane poprzednio w ustawach o planowaniu przestrzennym z 1961 r. i z 1984 r., jak również w obowiązującej obecnie ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym z 2003 r.

Na tym tle można dostrzec, iż wbrew teoretycznym założeniom omawiana zasada nie funkcjonuje prawidłowo w praktyce gospodarowania przestrzenią. Spośród wielu przyczyn istniejącego stanu rzeczy na szczególną uwagę zasługuje rezygnacja przez ustawodawcę z instytucji zarzutów, których uwzględnienie bądź odrzucenie następowało w drodze uchwały rady gminy podlegającej zaskarżeniu do sądu administracyjnego – na rzecz wniosków i uwag, a więc narzędzi pozbawionych przymiotu zaskarżalności. Negatywnie należy ocenić również przyjmowanie przez organy gminy i województwa postawy charakteryzującej się brakiem dbałości o właściwe wypełnienie wspomnianych wcześniej obowiązków, skutkujące powstaniem powszechnego przekonania o niecelowości włączania się członków wspólnoty żyjącej na danym obszarze w gospodarowanie przestrzenią przez organy administracji publicznej.

przestrzenne w rozwoju zrównoważonym. Inspiracje i dobre praktyki Ecoregionu, cz. 1, Gdańsk 2012, s. 39.

36 M. Nowak, *Decyzje o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu – instrument czy wyłącznie bariera rozwoju?*, „Studia Regionalne i Lokalne" 2012, nr 2 (48), s. 80.

37 P. Śleszyński, *Analiza ogólnokrajowa* (w:) A. Deręgowska i in., *Analiza stanu i uwarunkowań prac planistycznych w gminach w 2012 roku*, Warszawa 2014, s. 33.

Bibliografia

Barańska K., *W kierunku partycypacji – kilka uwag na temat kierunków reformy planowania i zagospodarowania przestrzennego w perspektywie rozwoju lokalnego* (w:) I. Zachariasz (red.), *Kierunki reformy prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2012, s. 61–69.

Bąkowski T., *Prawne procedury planowania przestrzennego w kontekście ochrony interesu publicznego oraz interesu indywidualnego* (w:) I. Zachariasz (red.), *Kierunki reformy prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2012, s. 37– 60.

Borsa M., *Stan zagospodarowania przestrzennego Polski i jego konsekwencje – informacja wprowadzająca.. Wyzwania dla polskiej polityki przestrzennej. Konferencja organizowana przez sejmową Komisję Infrastruktury, Ministerstwo Infrastruktury we współpracy z Biurem Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu. Materiały pokonferencyjne*, Warszawa 2008, s. 31–36.

Buczyński K., Dziedzic-Bukowska J., Jaworski J., Sosnowski P., *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014.

Hausner J. (red.), *Komunikacja i partycypacja społeczna. Poradnik*, Kraków 1999, s 39–50.

Janiszewska A., *Gospodarka przestrzenna – definicje i powiązania z innymi naukami,* „Space–Society–Economy" 2009, nr 9, s. 11–21.

Kinowska Z., *Kondycja społeczeństwa obywatelskiego w Polsce*, „Infos" 2012, nr 22 (136), s. 1–4.

Nowak M., *Decyzje o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu – instrument czy wyłącznie bariera rozwoju?*, „Studia Regionalne i Lokalne" 2012, nr 2 (48), s. 77–91.

Olech A., Sobiesiak-Penszko P., *Partycypacja publiczna w Polsce. Diagnoza i rekomendacje*, „Analizy i Opinie" 2013, nr 3.

Siemiński W. *Cele i zasady partycypacji społecznej w planowaniu przestrzennym – przegląd literatury*, „Człowiek i Środowisko", 2007, t. 31, nr 1–2, 2007, s. 37–59.

Sołtys J., *Rola planowania przestrzennego w realizacji rozwoju zrównoważonego* (w:) E. Toczyska (red.), *Planowanie przestrzenne w rozwoju zrównoważonym. Inspiracje i dobre praktyki Ecoregionu*, cz. 1, Gdańsk 2012, s. 39–45.

Śleszyński P., *Analiza ogólnokrajowa* (w:) A. Deręgowska i in., *Analiza stanu i uwarunkowań prac planistycznych w gminach w 2012 roku*, Warszawa 2014, s. 5–40.

Wódz J., *Poczucie przynależności lokalnej – niektóre czynniki konstytutywne* (w:) B. Jałowiecki, K. Sowa, P. Dudkiewicz (red.), *Społeczności lokalne. Teraźniejszość i przyszłość*, Warszawa 1989, s. 44–60.

Zachariasz I., *Uwagi wstępne* (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, Warszawa 2013, s. 17–32.

Zastawnik A., *Kształtowanie przestrzeni z udziałem społeczności lokalnych w procesie planowania przestrzennego na wybranych przykładach z gmin małopolskich*, Kraków 2013.

Zimmermann J., *Zarzuty i protesty w procedurze planowania przestrzennego*, „Samorząd Terytorialny" 1996, nr 10, s. 32–46.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78., poz. 483 z późn. zm.).

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167).

Dekret z dnia 2 kwietnia 1946 r. o planowym zagospodarowaniu przestrzennym kraju (Dz.U. z 1946 r., nr 16, poz. 109).

Ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r o planowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 7, poz. 47).

Ustawa z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 35, poz. 185).

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 89, poz. 415).

Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 199).

Uchwała nr 239 Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie przyjęcia Koncepcji Przestrzennego Zagospodarowania Kraju 2030 (M.P. z 2012 r., poz. 252).

Orzecznictwo

Wyrok NSA z dnia 29 maja 2001 r., II SA/Wr 2350/00.

Wyrok NSA z dnia 4 października 2002 r., SA/Bk 472/02.

Wyrok NSA z dnia 20 czerwca 2006 r., II OSK 277/06.

Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2008 r., II OSK 1335/07.

Wyrok WSA w Krakowie z dnia 28 stycznia 2008 r., II SA/Kr 29/07.

Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 3 września 2008 r., II SAB/Go 16/08.

Igor Zachariasz

Prawo w ujęciu strukturalnym.

W odpowiedzi Rafałowi Szczepaniakowi na tekst recenzyjny

Igor Zachariasz

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uczelni Łazarskiego i kierownik Katedry Nauki o Administracji na Wydziale Prawa i Administracji tej uczelni.

✉ *i.zachariasz@lazarski.edu.pl*

Law in Structural Terms. A Response to Rafał Szczepaniak's Review

In this paper, Igor Zachariasz crafts a response to a review of his monograph "Law in Structural terms. A Study on the Dichotomous Division of the Law into Public and Private Law" (in Polish: Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*). Penned by Rafał Szczepaniak, the review was published in the previous issue of this journal. Zachariasz wishes to emphasize that his approach, as well as the construction of a legal relation based thereon, evince that a dichotomous division of the law into private and public law is possible. In conclusion, it appears the reviewer's critique is not directed at the author's approach as such, but rather represents a competing model of analysis of the issue.*

Uwagi ogólne

W numerze 6 z 2016 r. dwumiesięcznika „Forum Prawnicze" ukazał się obszerny i wielowątkowy artykuł Rafała Szczepaniaka[1] recenzujący monografię mojego autorstwa poświęconą zagadnieniom dychotomicznego podziału prawa na prawo publiczne i prawo prywatne[2]. W artykule tym autor stawia, w moim odczuciu, trzy zasadnicze zarzuty wobec recenzowanej monografii.

Pierwszy zarzut dotyczy braku przeprowadzenia przeze mnie dowodu, że rozgraniczenie prawa publicznego i prawa prywatnego jest kwestią poznania, i że granicę wyodrębnienia tych dwóch części prawa można przeprowadzić w sposób jasny i pewny, zarzucając mojemu rozumowaniu w tym zakresie „zbliżanie się do postaci swoistego sofizmatu". Drugi za-

1 R. Szczepaniak, *Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi na kanwie monografii Igora Zachariasza*, „Forum Prawnicze" 2016 nr 6, s. 82–97.

2 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016.

rzut dotyczy próby zarysowania koncepcji stosunku prawnego, która Rafała Szczepaniaka „nie przekonuje", nie stanowi ona jego zdaniem „jasnego kryterium rozgraniczenia prawa prywatnego i publicznego", a przekonanie to w konsekwencji rodzi postawienie przez niego zarzutu braku wskazania w monografii, jaki związek ma prezentowana przeze mnie koncepcja stosunku prawnego z zagadnieniem dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne. Formułuje Rafał Szczepaniak także trzecią zasadniczą uwagę odnoszącą się do mojej monografii, wskazując, że zbyt mało miejsca jest w niej poświęcone istocie i sensowi podziału prawa na prawo publiczne i prawo prywatne, i że zawarte jest w niej aprioryczne założenie, że podział ten ma charakter dychotomiczny.

W znacznej części swojego artykułu recenzyjnego, obok uwag krytycznych w stosunku do mojej monografii, Rafał Szczepaniak prezentuje własne poglądy dotyczące problematyki podziału prawa na prywatne i publiczne, które rozwinął już we wcześniejszych publikacjach[3], wskazując m.in., że podział ten nie ma charakteru dychotomicznego, a w konsekwencji kultywowanie podziału prawa na publiczne i prywatne nie jest konieczne. Wystarczy jego zdaniem, aby ustawodawca i organy stosujące prawo, zwłaszcza sądy, zdawały sobie sprawę z tego, że specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów publicznych wymaga szczególnych unormowań ich funkcjonowania, odbiegających od reguł tzw. prawa powszechnego, za które od kilkuset już lat wielu prawników uważa prawo cywilne. W konkluzji Rafał Szczepaniak przytacza słowa Józefa Nowackiego – wyraźnie się z nimi utożsamiając – że odróżnienie prawa publicznego od prawa prywatnego nie jest sprawą poznania, lecz sprawą aprobaty, uznania określonych wartości, określonej ideologii politycznej czy społeczno-gospodarczej[4].

Celem niniejszego artykułu nie jest polemika z poglądami Rafał Szczepaniaka dotyczącymi zagadnienia rozgraniczenia prawa publicznego od prawa prywatnego. Stanowią one bowiem zbiór eklektycznych uwag, które można przeczytać w dotychczasowych publikacjach poświęconych tej problematyce. Nie wnoszą one nic nowego do pytań odnoszących się do linii demarkacyjnej pomiędzy tymi częściami prawa, a przede wszystkim – poza tym, że są deklaracjami wiary recenzenta w głoszone przez niego poglądy – nie przekonują, że dychotomiczny podział prawa na publiczne i prywatne jest bądź nie jest możliwy, nie przekonują, że ma on albo nie ma sensu praktycznego czy naukowego. Chciałbym w tym artykule jedynie odnieść się do trzech wskazanych wyżej zarzutów. Wydaje mi się bowiem, że Rafał Szczepaniak pominął pewne założenia zawarte w mojej monografii, które według mnie mają dość istotne znaczenie dla poruszanego problemu, a w konsekwencji także dla dokonanej przez recenzenta oceny monografii. Jednocześnie chciałbym postawić kilka pytań, na które Rafał Szczepaniak, pisząc właśnie artykuł recenzyjny, powinien tam odpowiedzieć, zanim sformułował wskazane powyżej zarzuty. Tak zakreślony zakres mojej odpowiedzi wynika także z uświadomienia sobie, w dużej mierze właśnie za sprawą tekstu recenzyjnego Rafała Szczepaniaka, że oczywiste dla mnie związki między założeniami i wyciąganymi z nich wnioskami zawarte w monografii, niekiedy formułowane nie wprost, ale przez odwołanie się do poglądów innych autorów, które podzielam, nie muszą być wcale oczywiste dla czytelnika, i że przyjęta przeze mnie w monografii formuła prezentacji problemu, wymagająca od czytelnika zestawiania uwag zawartych w różnych częściach monografii, może raczej nastręczać trudności w odczytaniu prezentowanego w niej podstawowego toku myślowego, niż pozwalać na jego lepsze zrozumienie.

Rozgraniczenie prawa publicznego i prywatnego jako problem poznania

Uważam, że trudności w wyjaśnieniu, na czym opiera się dychotomiczny podział prawa na publiczne i prywatne mają w znacznej mierze swoje źródło w identyfikowaniu na poziomie teoretycznym prawa z regułami, a zwłaszcza z normami prawnymi –

3 Zob. zwłaszcza: R. Szczepaniak, *W zaklętym kręgu podziału na prawo publiczne i prywatne*, „Studia Prawa Prywatnego" 2015, nr 3; tenże, *Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 1; tenże, *Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne (na kanwie uchwały SN)*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 5.

4 J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 107.

w skrajnym przypadku z regułami (normami) powstającymi wskutek interpretacji aktów prawa pozytywnie stanowionego. Zasadniczą przeszkodą w dokonaniu podziału prawa na publiczne i prywatne w konwencji poznawczej operującej pojęciem normy prawnej, jest ograniczenie się w definiowaniu tego pojęcia wyłącznie do dwóch zasadniczych cech podmiotów, do których adresowane są normy prawne, i sprowadzenie norm prawnych do wypowiedzi generalnie albo indywidualnie określających adresata, podczas gdy w rzeczywistości prawo charakteryzuje podmioty będące adresatem norm za pomocą znacznie bardziej rozbudowanego katalogu cech. Trzeba też pamiętać, że postrzeganie prawa jako świata norm prawnych może być w naukach prawnych pewną perspektywą badawczą, jednak nie oznacza to, że jest to wyłączna metoda badania i opisywania prawa jako zjawiska społecznego – w konsekwencji możemy sobie wyobrazić także inne perspektywy naukowego zajmowania się prawem, które nie będą operowały pojęciem normy (reguły) jako podstawowym narzędziem porządkującym naszą wiedzę o prawie.

Podzielam pogląd, jaki sformułował Kazimierz Ajdukiewicz, i w recenzowanej monografii powołuję się na ten pogląd, jako centralny dla uzasadnienia przyjętego przeze mnie sposobu postrzegania prawa, że wszystkie sądy, które przyjmujemy i które tworzą nasz obraz świata, nie są jeszcze jednoznacznie wyznaczone przez dane doświadczenie, ale zależą od wyboru aparatury pojęciowej, przy pomocy której odwzorowujemy nasze doświadczenie. Jego zdaniem możemy jednak wybrać taką lub inną aparaturę pojęciową, przez co zmieni się cały nasz obraz świata – póki posługujemy się pewną określoną aparaturą pojęciową, póty dane doświadczenia zmuszają nas do uznania pewnych sądów, przy czym, jak podkreśla Ajdukiewicz, same te doświadczenia nie zmuszają nas bezwzględnie do uznania tych sądów. Obranie innej aparatury pojęciowej powoduje bowiem, że sądy te w niej nie występują[5]. W moim przekonaniu tak właśnie jest ze sprawą wyjaśnienia dychotomicznego podziału prawa na prywatne i publiczne. Rozwiązanie tego problemu leży w dużej mierze w warstwie językowej, w aparacie pojęciowym, który na potrzeby poznania prawa na gruncie nauk prawnych sobie stworzyliśmy, którym posługujemy się w opisie tego, co nazywamy prawem i wymaga przyjęcia innej perspektywy badawczej, innego opisu prawa, którego można według mnie dokonać w oparciu o inne niż norma (reguła) pojęcia centralne w naukach prawnych.

Uważam, że trudności w wyjaśnieniu, na czym opiera się dychotomiczny podział prawa na publiczne i prywatne mają w znacznej mierze swoje źródło w identyfikowaniu na poziomie teoretycznym prawa z regułami, a zwłaszcza z normami prawnymi – w skrajnym przypadku z regułami (normami) powstającymi wskutek interpretacji aktów prawa pozytywnie stanowionego.

5 K. Ajdukiewicz, *Obraz świata i aparatura pojęciowa* (w:) tegoż, *Język i poznanie, Wybór pism z lat 1920–1939*, t. I, Warszawa 1985, s. 175.

Temu spostrzeżeniu towarzyszą jednak jeszcze inne konstatacje, które zawarte są w recenzowanej monografii, a które wydają mi się ważne dla omówienia problemu podziału prawa na publiczne i prywatne, i które stanowiły punkt wyjścia prezentowanej przeze mnie propozycji postrzegania prawa jako stosunków prawnych. Rafał Szczepaniak, rekonstruując moje stanowisko, pominął jednak te uwagi całkowicie. Stąd chciałbym w tym miejscu zwrócić uwagę na trzy grupy tego typu twierdzeń.

Po pierwsze, w monografii starałem się odnieść do porządku pojęciowego w naukach prawnych. Konsekwencją przyjęcia poglądu, że poznanie prawa ma charakter konwencjonalny, jest uznanie, że poznanie prawa jako zjawiska społecznego, za sprawą przyjętego aparatu pojęciowego, ma charakter aspektowy, stanowi jedynie pewne ujęcie prawa, a przez to nie wyklucza innego spojrzenia na prawo. W studium podkreślam także, że nauki prawne są naukami empirycznymi i że droga do uzyskania zbioru podstawowych aksjomatów w naukach prawnych nie biegnie od uznania jakiegoś pojęcia za centralne i wnioskowania z niego o całym prawie czy sprowadzania do niego prawa. Droga ta biegnie przez badania poszczególnych aspektów prawa, aksjomaty są konsekwencją przyjmowanych pojęć badawczych, a więc konwencji, które opisują prawo w możliwie najbardziej odpowiednim mu stopniu w różnych perspektywach, na gruncie konstruowanego właśnie w tym celu języka naukowego. Przy takiej optyce poznanie prawa jest pochodną aparatury pojęciowej, czyli przyjętych językowych narzędzi poznawczych, i dlatego właśnie ma w istocie wymiar konwencjonalny, a sama struktura prawa jest tożsama ze strukturą poznania prawa, jest kształtowana przez używany aparat pojęciowy i przyjmowane za jego pośrednictwem aksjomaty.

Po drugie, powyższe poglądy nie oznaczają jednak, że poznanie prawa sprowadza się do żonglerki terminologicznej. Z tego względu dość ważne wydaje mi się także zawarte w monografii założenie, że ów aparat pojęciowy, służący poznaniu prawa, nie może być konstruowany arbitralnie, w oderwaniu od opisywanej rzeczywistości, którą nazywamy prawem. Podzielam w tym zakresie pogląd, w polskich naukach prawnych silnie akcentowany przez Leona Petrażyckiego, że podstawowym narzędziem budowania aparatury pojęciowej w naukach prawnych, jak we wszystkich naukach empirycznych, pozostać musi obserwacja[6], i że, mając świadomość sporów naukowych odnoszących się do wymogu adekwatności, powinniśmy jednak dążyć do takiego stanu nauk prawnych, w którym ów wykorzystywany przez nas aparat pojęciowy byłby adekwatny do opisywanego przedmiotu w naukach prawnych, i że, używając tego aparatu, akceptujemy w naukach prawnych jakieś minimum twierdzeń, co do których choćby intuicyjnie się jako środowisko naukowe zgadzamy. W słowniku pojęć prawniczych (jak i prawnych) niezwykle istotną rolę pełni pojęcie stosunku prawnego, choć trudno jest przyjąć, że termin ten używany jest przez badaczy prawa jednoznacznie. Dowodzi tego choćby jakże trafne spostrzeżenie Czesława Znamierowskiego, który pisał, że „terminy oznaczające stosunki, są używane w mowie potocznej i w języku naukowym, że je rozumiemy wszyscy mniej więcej jednoznacznie, i że dotychczas nie został przeprowadzony dowód, iżby zdania, w których występują te terminy, mogły być w każdym wypadku zastąpione przez zdania równoważne bez tych terminów”[7], czy słowa Leona Duguita, twierdzącego, że „w samej rzeczy wszelkie prawo w swym określeniu każe przypuszczać istnienie stosunku pomiędzy dwoma podmiotami”[8]. Pojęcie stosunku prawnego wskazuje nam niewątpliwie na pewne relacje między podmiotami prawa i z tego względu warto się zastanawiać nad jego teoretyczną przydatnością w naukach prawnych.

Po trzecie wreszcie, uważam, że w języku prawniczym niezmiennie próbuje się opisać jakąś rzeczywistość, na którą składają się wyodrębniane na potrzeby mówienia o prawie podmioty o określonych cechach i relacje, w jakich owe podmioty się znajdują. Nawet jeśli próbuje się w naukach prawnych opisać prawo przy pomocy pojęcia normy prawnej czy reguły, to po mniej lub bardziej udanym zdefiniowaniu tych terminów, przyjęciu jakiejś koncepcji normy praw-

6 L. Petrażycki, *Methodologie der Theorien des Rechts und der Moral. Zugleich eine neue allgemeine logische Lehre von der Bildung der allgemeinen Begriffe und Theorien*, Paris 1933, s. 17.

7 C. Znamierowski, *Podstawowe pojęcia teorii prawa*, cz. 1, *Układ prawny i norma prawna*, Poznań 1924, s. 88.

8 L. Duguit, *Kierunki rozwoju prawa cywilnego od początku XIX wieku*, Warszawa–Kraków 1938, s. 22.

nej lub reguły, pojawia się problem relacji między normami prawnymi[9]. W moim przekonaniu jest to problem będący pochodną konwencji przyjętej przez badaczy nauk prawnych, próbujących opisać prawo w kategorii norm prawnych, zmuszonych odnieść się do opisywanej rzeczywistości i zachodzących relacji między podmiotami, ze względu na niedostatki przyjętej perspektywy. W konsekwencji prawo opisywane w kategorii normy (reguły), musi być uzupełnione o opis układu norm prawnych, które mają odwzorować relacje podmiotowe w prawie. Konieczność zajęcia się układami norm jest odpowiedzią na rzeczywistość prawną, której nie da się opisać statycznie.

Stąd niezwykle ciekawe wydaje się użycie terminu „stosunek prawny" do opisu prawa i nadanie mu rangi pojęcia podstawowego, wyznaczającego inną konwencję poznawczą niż narzucona przez normatywizm. Uważam jednak, że aby taka konwencja była przydatna opisowi prawa, musi brać pod uwagę dość istotną obserwację, często umykającą badaczom prawa w praktyce ich naukowego działania, że stosunki, w jakich owe podmioty się znajdują, czemuś służą, mają swój cel. Ten cel określa istotę stosunków i jest także jednym z ważniejszych czynników pozwalających na różnicowanie relacji, w jakich znajdują się podmioty będące obiektami badania nauk prawnych. Ponadto i same podmioty, które są obiektem badań ze względu na relacje, w których występują, są zróżnicowane z uwagi na cechy, wyodrębniane czy też nadawane przez prawo jako doniosłe. Te cechy podmiotów, wtórnie obok celu, także służą klasyfikowaniu relacji podmiotowych, są często ze względu na te relacje wyodrębniane czy przypisywane przez prawo (jak jest to w przypadku choćby nadania osobowości prawnej).

Z tego powodu proponuję w monografii, w nawiązaniu zresztą do podejmowanych wcześniej na gruncie szczegółowych nauk prawnych prób, które staram się przedstawić w rozdziale trzecim recenzowanego studium, inne rozumienie stosunku prawnego, wskazując, że idzie tu o zespół uprawnień i obowiązków podmiotów prawnych, które zmierzają do wydania czy ustanowienia aktu prawnego. Przyjmując, iż w prawie mamy do czynienia z podmiotami prywatnymi i publicznymi, da się tam wyodrębnić stosunki, które można nazwać publicznoprawnymi, jak i stosunki, które można nazwać prywatnoprawnymi, a w konsekwencji zredukować całe prawo do tych dwóch podstawowych kategorii stosunków prawnych, czyli twierdzić, że całe prawo służy regulacji tak sklasyfikowanych stosunków prawnych. Jest to w moim przekonaniu dość prosta konsekwencja logiczna głoszonego już w naukach prawnych przekonania, że prawo w ujęciu podmiotowym nie jest alternatywą prawa przedmiotowego, bowiem prawa podmiotowe są formułowane na podstawie prawa przedmiotowego[10]. W monografii staram się jedynie wskazać, że w ujęciu przedmiotowym prawa nie da się wyodrębnić żadnej jego „części", która nie byłaby jednocześnie „częścią" prawa w ujęciu pod-

Niezwykle ciekawe wydaje się użycie terminu „stosunek prawny" do opisu prawa i nadanie mu rangi pojęcia podstawowego, wyznaczającego inną konwencję poznawczą niż narzucona przez normatywizm.

9 Zob. np. J. Wróblewski, *Norma prawna jako przedmiot prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo" 1970, nr 5, s. 664–665.

10 Zob. np. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1993, s. 16.

miotowym, nie dotyczyła uprawnień i obowiązków podmiotów stosunków prawnych, bądź ich cech czy celu, jaki przyświeca relacjom podmiotowym regulowanym przez prawo.

W moim odczuciu Rafał Szczepaniak, pisząc artykuł recenzyjny, zanim postawił mi zarzut „zbliżania się do postaci swoistego sofizmatu", powinien rzetelnie zrekonstruować przesłanki, jakie legły u podstaw mojego poglądu na sprawę poznania prawa i przedstawionej koncepcji stosunku prawego, wskazać na popełnione przeze mnie błędy logiczne czy pozorne rozumowania, które mogą stanowić podstawę dla tego typu twierdzeń. Niestety, takiej rekonstrukcji nie dokonał, w zamian za to włożył w moje usta słowa, których nigdy nie wypowiedziałem i których nie da się wywieść z przyjętych przeze mnie założeń, pisząc, że dochodzę w monografii do twierdzenia: „to nieprawda, że rozgraniczenie prawa publicznego od prywatnego nie jest sprawą poznania, a sprawą pewnej konwencji. Granica wyodrębnienia jest jasna i pewna, pod warunkiem, że przyjmiemy określoną konwencję terminologiczną". Dlaczego recenzent rozdzielił kwestię poznania prawa od jego konwencjonalności i nie powiązał problemu, przyjętej w celu poznania prawa, aparatury pojęciowej z obserwacją tego, co nazywamy prawem i adekwatnością tej aparatury pojęciowej z opisywaną przy jej pomocy rzeczywistością prawną, wkładając jednocześnie w moje usta spostrzeżenia całkowicie mi obce, trudno jest mi dociec.

Wskutek braku rozważań krytycznych poczynionych przez Rafała Szczepaniaka wobec przyjętych przeze mnie założeń trudno jest także zrozumieć, dlaczego recenzent odrzuca możliwość naukowego badania prawa w oparciu o proponowaną przeze mnie konwencję, opierającą się na badaniach stosunków prawnych. Dlaczego nie można formułować na gruncie nauk prawnych twierdzeń odnoszących się do praw i obowiązków podmiotów prawnych, ich cech, jak i cech samych podmiotów pozostających ze sobą w stosunkach prawnych, podstaw nawiązania stosunków prawnych czy ich celu, opisywać w ten sposób podobieństw i różnic, formułować twierdzeń ogólnych o prawie, i dlaczego nie można tej sfery stosunków prawnych nazwać sferą prawną, w przeciwieństwie do sfery stosowania się do prawa? Jest to oczywiście inna perspektywa badawcza prawa niż ta, która jest efektem utożsamiania prawa z normami prawnymi, ale czy oznacza to, ze nie można w ten sposób opisać prawa? Właśnie od autora artykułu recenzyjnego można było oczekiwać odpowiedzi na te pytania.

Perspektywa postrzegania prawa jako stosunków prawnych w moim odczuciu czyni całkowicie nietrafnym zarzut, jaki uczynił Rafał Szczepaniak wobec mojej monografii, głoszący, że aby dowieść dychotomicznego podziału prawa, należy dowieść, że wyklucza on stosowanie niektórych zasad prawa prywatnego w sferze społecznej przypisanej prawu publicznemu i *vice versa*[11]. Nic bardziej mylnego, to tak jakby twierdzić, że zbiór okrętów morskich nie jest rozłączny ze zbiorem samochodów osobowych, bowiem i jedne, i drugie mogą być zbudowane z metalu. A jednak coś, co jest okrętem morskim, nie zostanie nazwane jednocześnie samochodem osobowym, nawet jeśli do konstrukcji jednego i drugiego użyto by metalu. Z pewnością obydwie kategorie przedmiotów można by nazwać prawdziwie przedmiotami metalowymi. Tak samo jest i z prawem – można zasadnie utożsamiać prawo z normami, ale można i ze stosunkami prawnymi. Zatem zarzut Rafała Szczepaniaka idealnie moim zdaniem pokazuje, że poruszanie się w pewnej konwencji poznawczej nie daje możliwości wybrnięcia z określonych problemów, z jakimi mamy do czynienia w naukach prawnych, a zmiana konwencji pozwala poszukiwać ich rozwiązania. Nawet gdy będziemy mogli wyróżnić cechy wspólne stosunków publicznoprawnych i stosunków prywatnoprawnych, to z pewnością da się także wskazać znaczny zbiór cech, które te stosunki różnicują, i z tej racji można, wyróżniając stosunki publicznoprawne i prywatnoprawne, zasadnie mówić o dychotomicznym podziale prawa, które wtedy utożsamiamy nie z normami, regułami, zasadami, ale właśnie ze stosunkami prawnymi.

Koncepcja stosunku prawnego a istota i sens dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne

Zaproponowana w recenzowanej monografii koncepcja stosunku prawnego, sprowadzająca się do postrzegania go jako uporządkowanego katalogu upraw-

11 R. Szczepaniak, *Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi…*, s. 83.

nień i obowiązków podmiotów prawnych, mającego swój moment nawiązania, jak i zakończenia, w postaci przyjęcia aktu prawnego, nie jest jakąś szczególnie oryginalną konstrukcją prawną. W trzecim rozdziale monografii przypominam niektórych polskich autorów, którzy starali się tego rodzaju konstrukcję stosunku prawnego opisać i teoretycznie uzasadnić[12]. Szczególną inspiracją do obrania przez mnie właśnie takiego kierunku myślenia o stosunku prawnym było z pewnością studium Franciszka Longchamps de Bériera dotyczące stosunku procesowego na gruncie prawa administracyjnego[13] oraz towarzyszące lekturze tego materiału przekonanie, że także i na gruncie prawa prywatnego da się wyodrębnić stosunki prawne rozumiane jako pewien układ uprawnień i obowiązków prowadzących do przyjęcia aktu prawnego, oraz że niekoniecznie trzeba takie stosunki odnosić do procesowego aspektu prawa, ale że poprzez porządkowanie w ich ramach uprawnień i obowiązków podmiotowych, jak i ze względu na treść aktów prawnych je wieńczących, wyczerpują one także i materialną część prawa.

Kolejną inspiracją, która wpłynęła na sformułowanie przeze mnie trzech kategorii stosunków prawnych – stanowienia, stosowania i kontroli prawa, z którymi mamy do czynienia zarówno na gruncie prawa publicznego, jak i prawa prywatnego – były prace innego wybitnego polskiego administratywisty, Wacława Dawidowicza, który podkreślał, że w teorii prawa administracyjnego odróżnienie działalności w zakresie stanowienia prawa od stosowania prawa jest podstawą dla teorii działania administracji publicznej[14]. Rozróżnienie to winno według niego stanowić punkt odniesienia do rozważań nad przedmiotem procesowego prawa administracyjnego, w tym sensie, że zgodnie z celowością tej działalności powinny być przyporządkowane przez ustawodawcę organowi administracji publicznej środki prawne umożliwiające – w takim przekroju – realizację przyznanych mu przez państwo zadań[15]. Wacław Dawidowicz w moim przekonaniu bardzo celnie zauważył, że stanowienie prawa polega na sprawdzaniu projektowanych przepisów co do ich zgodności z przepisami aktów prawnych wyższego rzędu, a w konsekwencji celem procedury legislacyjnej jest, jak pisał, zapewnienie „proceduralnych gwarancji" zgodności aktów prawodawczych stanowionych przez podmioty administracji publicznej z ustawami, i „zapobieganiu" tworzenia aktów niezgodnych z ustawami[16]. Stosowanie prawa, co uznała już teoria prawa i prawo administracyjne, opiera się na procesie

Przyjęta przeze mnie konstrukcja stosunku prawnego pozwala na wysunięcie hipotezy, że całe prawo w sensie przedmiotowym da się opisać w ujęciu podmiotowym, jako składnik tak skonstruowanych stosunków prawnych.

12 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu…*, s. 126–135.

13 F. Longchamps de Bérier, *O pojęciu stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1964, nr 19, „Prawo" 12.

14 W. Dawidowicz, *O „realizacji" prawa administracyjnego przez organy administracji państwowej* (w:) L. Bar (red.), *Studia z dziedziny prawa administracyjnego*, Wrocław–Warszawa 1971, s. 20–22.

15 W. Dawidowicz, *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1983, s. 29.

16 W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 123.

subsumcji, wnioskowania norm – bardziej generalnych i abstrakcyjnych. Do tych ustaleń dodałem tylko obserwację, że stosunki prawne czasami kończą się aktem prawnym uchylającym akt stosowania czy stanowienia prawa ze względu na uchybienia popełniane w trakcie jego przyjmowania, i określiłem tego typu kategorie stosunków prawnych stosunkami kontroli prawa. W konsekwencji zaproponowałem klasyfikację stosunków prawnych, wskazując, że możemy mówić o stosunkach stanowienia prawa, jako tych, których efektem jest wprowadzanie norm do systemu; stosowania prawa, polegających na wyprowadzaniu norm z norm już istniejących; jak i kontroli prawa, których istotą jest sprawdzenie, czy procesy stanowienia i stosowania prawa przebiegały zgodnie z prawem.

Przyjęta przeze mnie konstrukcja stosunku prawnego pozwala na wysunięcie hipotezy, że całe prawo w sensie przedmiotowym da się opisać w ujęciu podmiotowym, jako składnik tak skonstruowanych stosunków prawnych. Nie ma takiego elementu prawa przedmiotowego, którego nie można byłoby przyporządkować jakiemuś stosunkowi prawnemu, i to zarówno gdy będziemy mówić o stosunkach prawnych w sposób generalny i abstrakcyjny, jak i konkretny i indywidualny. Wreszcie skoro wyróżnimy dwie kategorie podmiotów prawnych, publiczne i prywatne, to możemy dokonać podziału stosunków prawnych – na publiczne i prywatne – chyba że przyjmiemy, iż istnieją inne niż prywatne albo publiczne podmioty takich stosunków.

Oczywiście można mojemu rozumowaniu zarzucić, że mieszam w nim dwie konwencje poznawcze prawa. Jednak na łamach monografii starałem się podkreślić, że nie są to konwencje konkurencyjne, że zarówno pojęcie normy prawnej, jak i stosunku prawnego obrazuje nam prawo w innej konwencji, ale że te konwencje składają się na teoretyczny obraz prawa, zjawiska złożonego społecznie, ukazując nam je w innym aspekcie. Wyraziłem też nadzieję, że właśnie teoria prawa, o ile ma nam dać obraz prawa, winna to robić przez różne konwencje, zbliżając nas do poznania prawa[17]. Wydaje mi się także, że użyteczność normatywnego spojrzenia na prawo, w odniesieniu do konwencji postrzegania prawa jako stosunków prawnych w zaproponowanej przeze mnie konwencji terminologicznej, przejawia się we wtórnym podziale tych stosunków na stosunki stanowienia, stosowania i kontroli prawa, i nie wpływa na poprawność samej konstrukcji tak rozumianego stosunku prawnego.

Zaprezentowany powyżej sposób rozumowania Rafała Szczepaniaka nie przekonuje, ale trudno jest znaleźć w całym artykule recenzyjnym powód braku przekonania recenzenta do takiego podejścia badawczego, poza żywionym przez niego przekonaniem, że nie ma większego sensu dociekanie istoty problemu dychotomicznego podziału prawa. Jednak z punktu widzenia problematyki recenzowanej monografii dużo ważniejsza niż stany emocjonalne recenzenta wydaje mi się jego uwaga o braku przedstawienia w monografii jasnego kryterium rozgraniczenia prawa publicznego od prawa prywatnego oraz twierdzenie o braku związku przedstawionej przeze mnie koncepcji stosunku prawnego z problematyką dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne. Odpowiadając na te dwa zarzuty, mogę w tym miejscu podkreślić jeszcze raz, że problem nie leży w kryterium rozgraniczającym przepisy prawne, normy prawne, cechy, wartości, zasady etc. Leży on w konwencji poznawczej, ma charakter pierwotny i jest konsekwencją przyjęcia poglądu, że w prawie mamy do czynienia z dwiema kategoriami podmiotów – podmiotami publicznymi i prywatnymi, i że relacje między tymi kategoriami podmiotów porządkowane są przez prawo inaczej. Taki ma właśnie związek zaprezentowana przeze mnie koncepcja stosunku prawnego z problematyką dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne – po prostu staram się wskazać na konwencję poznawczą prawa, która daje możliwość jego dychotomicznego podzielenia na prawo prywatne i publiczne.

Wreszcie sprawa ostatnia. Rafał Szczepaniak pyta się, po co poszukiwać uzasadnienia dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne, i zarzuca mi, że przyjąłem w monografii, że taki podział ma charakter aprioryczny. Odnosząc się do tych uwag, można jedynie odpowiedzieć w sposób następujący: wydaje mi się, że nauka polega na rozwiązywaniu problemów, które uznaje się w kręgach badaczy za naukowe. Niewątpliwie pytanie o możliwość i zasadność dokonania dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne jest stałym przedmiotem zainteresowania nauk prawnych,

17 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, s. 28–29.

a przez to wymaga poszukiwania odpowiedzi. Nie oznacza to jednak, że problem ten ma wyłącznie znaczenie teoretyczne. Jest to także problem doniosły praktycznie, zwłaszcza w dobie kształtowania się współczesnego modelu demokratycznego państwa prawnego, które swój ustrój w coraz większym stopniu opiera na prawie stanowionym. Można w tym miejscu przytoczyć słowa Georga Jellinka, który pisał, odnosząc się do prawa stanowionego państwa prawnego, że ustalenie wyraźnej granicy działania podmiotu jako podmiotu władzy i podmiotu prywatno-gospodarczego należy przede wszystkim do

Zaproponowana przeze mnie konwencja badawcza i wprowadzona na jej rzecz konstrukcja stosunku prawnego wskazują, że podział prawa na prywatne i publiczne, który jest w dodatku podziałem dychotomicznym, jest możliwy.

konkretnego ustawodawstwa[18]. W państwie prawnym, w ocenie tego prawnika, winno się zmierzać do stworzenie systemu prawa publicznego równoważnego swym znaczeniem społecznym i zakresem przedmiotowym prawu prywatnemu, bez konieczności posiłkowania się nim w praktyce działania państwa i jego instytucji. W tworzeniu tego nowego porządku, w opinii G. Jellinka, odmienności prawa prywatnego i prawa publicznego, będące skutkiem odmiennych relacji podmiotowych, nie powinny być w prawie, a także w naukach prawnych zacierane, lecz uwzględniane i rozwijane[19].

Słowa Georga Jellinka stanowią pewnego rodzaju manifestację wiary w sensowność podziału prawa na prywatne i publiczne, nie tylko w odniesieniu do prawa, jakim ono jest, ale i jakim być powinno. Wydaje mi się, że i Rafał Szczepaniak zauważa sens tego podziału, pisząc, że specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów publicznych wymaga niekiedy szczególnych unormowań ich funkcjonowania[20]. Uważam, że jest to sąd zbyt zachowawczy. Po prostu stosunki publicznoprawne są prawnie określone inaczej niż stosunki prywatnoprawne. Warto zadać sobie proste pytanie, czy przykładowo gmina, zawierająca umowę na dostarczenie przez prywatnego przedsiębiorcę określonej ilości papieru do kserokopiarki, jest w takim samym stosunku prawnym jak prywatny przedsiębiorca zawierający analogiczną umowę z innym prywatnym przedsiębiorcą. Czy rzeczywiście choćby podstawa nawiązania takich stosunków prawnych lub uprawnienia i obowiązki podmiotów są takie same? Przecież nawet jeśli da się wskazać na dość daleko idące podobieństwa tych stosunków, to powstaje jeszcze pytanie, czy tak powinno być, czy nie przyjąć przykładowo innej konstrukcji podstawy takich stosunków w sferze publicznej i prywatnej, jak i uprawnień czy obowiązków podmiotów w nich uczestniczących. Innymi słowy: czy prawo takie, jakie jest, ma uzasadniać prawo, jakim być powinno? Gustaw Radbruch twierdził, a ja z tym poglądem się zgadzam, że sens pojęć „prawo prywatne" i „prawo publiczne" polega na możliwości pytania się o przynależność twierdzeń prawnych do jednej bądź drugiej części prawa, i co istotne, domagania się na to pytanie odpowiedzi[21].

18 G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, ks. 2 i 3, przeł. M. Balsigierowa, M. Przedborski, Warszawa 1924, s. 244.

19 G. Jellinek, *Ogólna nauka o pańswie*, ks. 1, przeł. A. Peretiatkowicz, Warszawa 1921, s. 57.

20 R. Szczepaniak, *Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi…*, s. 94.

21 G. Radbruch, *Prawo prywatne i publiczne* (w:) tenże, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 134–135.

Chcę także podkreślić, że wbrew twierdzeniom Rafała Szczepaniaka nie przyjmuję apriorycznego założenia o dychotomicznym podziale prawa, w szczególności apriorycznego w takim rozumieniu, o jakim zdaje się pisać recenzent, abstrahującego od ustaleń orzecznictwa sądowego czy też zasad prawa. Możliwość przeprowadzenia dychotomicznego podziału prawa jest w moim odczuciu prostą konsekwencją podziału podmiotów prawnych na prywatne i publiczne. Zaproponowana przeze mnie w monografii konwencja badawcza i wprowadzona na jej rzecz konstrukcja stosunku prawnego wskazują, że podział prawa na prywatne i publiczne, który jest w dodatku podziałem dychotomicznym, jest możliwy. Twierdzenia te w mojej intencji mają charakter nie dogmatów, ale są hipotezami, które powinny być poddane krytyce. Przypomnę też słowa L. Petrażyckiego, który trafnie moim zdaniem zauważał, że poszukiwanie cech wspólnych czy odróżniających prawo prywatne od publicznego przez sięganie do problemów dogmatycznych, które ostatecznie mają weryfikować poprawność koncepcji teoretycznych, jest nieuzasadnione naukowo i błędne metodologicznie[22]. Wzajemnym związkom między dogmatyką prawa a teorią prawa poświęcam w monografii dość dużo uwagi. W tym miejscu mogę jedynie do tych fragmentów recenzowanej książki odesłać[23].

Chcę już na koniec tego tekstu zaznaczyć, że zgadzam się z uwagą recenzenta, że w swojej monografii nie rozwijam w jakiś szczególny sposób zagadnień związanych z sensem i celowością dokonania dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne, w szczególności w takim znaczeniu, jaki zadowalałby Rafała Szczepaniaka, tzn. wskazując na przepisy prawne, normy prawne, zasady, cechy, które da się przypisać do jednej bądź drugiej części prawa na gruncie prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego. W monografii podkreślałem, że jej celem jest przede wszystkim wskazanie innego kierunku myślenia o prawie, który daje możliwość dokonania dychotomicznego podziału prawa na publiczne i prywatne, i że takie obranie celu studium jest poniekąd efektem podzielanego przeze mnie poglądu przedstawicieli Koła Wiedeńskiego, którzy w swym manifeście naukowym przyjmowali, że naukową koncepcję świata stanowią nie tyle jej tezy, lecz raczej zasadnicza postawa, jej punkty widzenia i kierunek badań[24]. Podkreślałem także, że badania w zakresie podziału prawa na prywatne i publiczne muszą być prowadzone zarówno przez teoretyków prawa, jak i przez przedstawicieli szczegółowych nauk prawnych, ale w oparciu o jakąś wspólną perspektywę badawczą, którą starałem się zaproponować, wcale nie roszcząc sobie pretensji, że jest jedyną i bezalternatywną[25]. Stąd moja publikacja miała tylko skierować myślenie o tym problemie na inny niż dotychczasowy tor, wskazać inną konwencję badawczą umożliwiającą rozwiązanie tego problemu, konwencję, która wydaje mi się spójna logicznie i która w mojej ocenie powinna być poddana krytyce. Jednak artykuł recenzyjny Rafała Szczepaniaka takiej roli krytycznej wobec zaprezentowanej propozycji badawczej nie wypełnił. Artykuł, do którego się odnoszę, świadczy, że recenzent jest raczej nie krytykiem mojego sposobu podejścia do problemu, lecz promotorem innego sposobu myślenia o tym zagadnieniu.

22 L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1960, s. 634–635.

23 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, s. 45–52.

24 H. Hahn, O. Neurath, R. Carnap, *Naukowa koncepcja świata. Koło Wiedeńskie* (w:) A. Koterski (red.), *Naukowa koncepcja świata. Koło Wiedeńskie*, Gdańsk 2010, s. 76.

25 Szerzej zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, s. 41–45.

Piotr Sitnik

Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich

Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii z dnia 22 lutego 2017 r. w sprawie Homes and Communities Agency v J S Bloor (Wilmslow) Ltd *[2017] UKSC 12*

Stan faktyczny

Apelacja dotyczyła dwóch nieruchomości rolnych położonych niedaleko Rochdale, o łącznej powierzchni 26,85 akrów. Nieruchomości te były własnością apelanta, dopóki nie zostały przymusowo od niego wykupione na mocy nakazu *Homes and Communities Agency – North West Development Agency* (*Kingsway Business Park*, Rochdale) *Compulsory Purchase Order 2002* (dalej: nakaz). Odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia ciąży na pozwanej agencji rządowej *Homes and Communities* (dalej: agencja rządowa). Wyceny gruntu dokonano 4 stycznia 2006 r. (pkt 2 wyroku[1]).

W 1999 r. na potrzeby budowy parku biznesowego *Kingsway Business Park* deweloper opublikował plan zagospodarowania przedmiotowych gruntów (dalej: plan budowy). Agencja rządowa wydała zgodę na realizację planu 19 grudnia 1999 r., zaś nakaz wszedł w życie w 2002 r. Apelant nabył sporne grunty (a także przyległą nieruchomość) w maju 2003 r. w cenie 1,3 mln funtów. Jego protest wobec nakazu został odrzucony – jako powód podano zamiar wykorzystania gruntu na potrzeby budowy *Kingsway Business Park*.

W momencie gdy doszło do wyceny gruntu, w mocy pozostawał plan zagospodarowanie przestrzennego, w myśl którego *Kingsway Business Park* był „miejscem o regionalnym znaczeniu strategicznym"[2].

Kwestię wypłaty wynagrodzeń za przymusowe wykupienie gruntu reguluje *Land Compensation Act 1961* (dalej: ustawa). Ogólna zasada dotyczące wypłaty wynagrodzeń zawarta jest w sekcji 5, regule 2 ustawy. Znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej apelacji mają także przepisy regulujące „pominięcia" dotyczące bieżących i przyszłych inwestycji (sekcja 6 i załącznik 1 do ustawy), jak również sekcje 14–16, omawiające tzw. założenia planistyczne. Do przepisów tych zastosowanie ma zasada *Pointe-Gourde*, zgodnie z którą wysokość wynagrodzenia nie powinna uwzględniać wzrostu bądź spadku wartości gruntu zawartego w kontestowanym planie zagospodarowania przestrzennego[3]. Innymi słowy, wartość gruntu w przedmiotowej sprawie powinna być oceniana na stan sprzed rozpoczęcia inwestycji budowy parku biznesowego. Jednakże przepisy ustawy zezwalają sądom na wzięcie pod uwagę wartości wynikającej z prawdopodobieństwa uzyskania pozwolenia na zagospodarowanie gruntu w inny sposób. Sąd ma prawo hipotetycznie założyć, że plan zagospodarowania przestrzennego nie przewiduje określonej inwestycji, i oszacować zwiększenie lub zmniejszenie wartości gruntu, które nastąpiłoby, gdyby przeprowadzono alternatywną inwestycję.

Apelant wniósł pozew o kompensatę w wysokości 2,593 mln funtów, podnosząc, że sporna nieruchomość ma wysoką potencjalną wartość dla budownictwa mieszkaniowego, niezależnie od wartości nadanej jej w planie zagospodarowania. Agencja rządowa podnosiła, że wysokość wynagrodzenia powinna zostać ograniczona

1 Dalej: [2017] UKSC 12, [2] itd. Wyrok dostępny w całości na stronie internetowej: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0153-judgment.pdf.

2 Tamże, [6].

3 Tamże, [8]–[9].

do aktualnej wartości użytkowej gruntu, tj. ok. 50 tys. funtów. *Upper Tribunal*[4] zasądził wynagrodzenie w wysokości 746 tys. funtów, ponieważ istniała 50-procentowa szansa na uzyskanie pozwolenia na budowę kompleksu mieszkaniowego na spornym gruncie, gdyby plan zagospodarowania przestrzennego nie przewidywał inwestycji *Kingsway Business Park*. Sąd Apelacyjny w Londynie nie zgodził się z argumentami żadnej ze stron i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia, sugerując, że podstawą wyroku powinna być sekcja 6(1) ustawy rozszerzająca zastosowanie „pominięć".

Wyrok

Apelacja została uwzględniona jednogłośnie. W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy uznał, że stanowisko Sądu Apelacyjnego wymagałoby pominięcia nie tylko planu budowy parku biznesowego, ale również przeszłych i obowiązujących obecnie założeń strategicznych agencji rządowej, które zakładały zagospodarowanie przedmiotowego terenu[5]. *Upper Tribunal* miał prawo uznać, że założenia te, niezależnie od postanowień planu zagospodarowania przestrzennego, miały wpływ na sposób wykorzystania terenu. Poprawnie wzięto pod uwagę historię zagospodarowania spornego terenu, w szczególności zaś fakt, że pierwsza decyzja o przeznaczeniu go pod budowę centrum biznesowego podjęta została w latach 60. XX wieku. Rozumowanie *Upper Tribunal* było zgodne z prawem i we właściwy sposób zważyło i rozstrzygnęło potencjalne wątpliwości mogące wynikać z treści agencyjnej polityki zagospodarowania[6].

Jednakże Sąd Apelacyjny słusznie odrzucił argument strony pozwanej, że status planistyczny gruntu powinien być uznany za „ostatecznie rozstrzygnięty" w myśl sekcji 14–16 ustawy. Domniemania zawarte w sekcji 14(3) mogą operować wyłącznie na korzyść powoda i nie pozbawiają go one prawa do powoływania się na hipotetyczną wartość gruntu w przyszłości[7].

Zastosowanie zasady *Pointe-Gourde* może skutkować zmianami w statusie planistycznym gruntu. Co więcej, sekcja 6 nie wyklucza przyjęcia przez sąd bardziej restrykcyjnego stanowiska w sprawie ustawowych „pominięć"[8]. Sąd Najwyższy podkreślił, że zgodnie z ugruntowaną tradycją prawną i linią orzeczniczą sędziowie mogą powoływać się na ogólne zasady prawne w celu uzyskania skutku odmiennego niż ten przewidziany przez domniemania ustawowe[9]. Wysokość wynagrodzenia przyznana przez sąd pierwszej instancji była słuszna – w dyskrecji sądu pozostawała możliwość wzięcia pod uwagę alternatywnych możliwości zagospodarowania przedmiotowej nieruchomości[10].

Znaczenie

W praktycznym wymiarze decyzja może mieć skutki dla właścicieli gruntów przeznaczonych do wykupienia na potrzeby zbudowania HS2 – systemu szybkiej kolei międzymiastowej mającej połączyć takie ośrodki jak Londyn, Birmingham i Glasgow. Relewantna ustawa, *High Speed Rail (London–West Midlands) Act 2017*, weszła w życie 23 lutego br. Wyrok w przedmiotowej sprawie potencjalnie tworzy możliwość skorygowania wysokości uzgodnionych już wynagrodzeń, a także negocjacji wyższych sum. Wydaje się, że choćby hipotetyczne wykazanie potencjalnego przeznaczenia gruntu na cel inny niż zamierzony przez inwestora (i określony w nakazie odpowiedzialnego organu publicznego) może skłonić sąd do podnoszenia wysokości wynagrodzeń. Kwestią otwartą pozostaje stopień prawdopodobieństwa przeprowadzenia alternatywnej inwestycji, jaki będą musieli wykazać powodowie. Sąd Najwyższy nie określił bowiem, czy wykazanie potencjalnego alternatywnego przeznaczenia lub potencjału gruntu musi być poparte realnymi zamierzeniami – jeżeli bowiem tak jest, niezbędne wtedy okazuje się przeprowadzenie dowodu.

W aspekcie teoretycznym Sąd Najwyższy zastosował wąską interpretację zasady *Pointe-Gourde*. Decyzję można porównać z wyrokami w pierwszych instancjach, np. *Potter v Hillingdon London Borough Council*[11], gdzie *Upper Tribunal* jednoznacznie zastrzegł, że nabywają-

4 Administracyjny sąd pierwszej instancji dla spraw z zakresu pozwoleń na zagospodarowanie nieruchomości.

5 Sprawa [2017] UKSC 12, [35].

6 Tamże, [36].

7 Tamże, [37].

8 Tamże, [39].

9 Tamże, [40].

10 Tamże, [43]–[44].

11 Sprawa [2010] UKUT 212 LC.

ca grunt agencja rządowa nie może bezpośrednio powoływać się na zasadę *Pointe Gourde*, zanim skutki, w tym te dalekosiężne, relewantnych postanowień i domniemań ustawowych nie zostały rozpatrzone. W innej sprawie zauważono, że zasada *Pointe-Gourde* stała się mechanizmem ograniczania przez przymusowo wykupujące grunty organy publiczne rekompensat przysługujących właścicielom[12]. Interpretacja nadana zasadzie przez Sąd Najwyższy może skutkować odmówieniem jej zastosowania przez sąd, jeżeli powód jest w stanie wykazać hipotetyczną możliwość alternatywnego zagospodarowania gruntu, a co za tym idzie – większą realną stratę wynikającą z konieczności przymusowej sprzedaży.

Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii z dnia 24 stycznia 2017 r. w sprawie R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union *[2017] UKSC 5*

Stan faktyczny

Artykuł 50 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) stanowi, że w razie podjęcia decyzji o wystąpieniu z Unii Europejskiej „zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi", państwo członkowskie ma obowiązek notyfikacji takowego zamiaru Radzie Europejskiej. Zgodnie z ust. 3 TUE traktaty przestają mieć zastosowanie do tego państwa od dnia wejścia w życie umowy o wystąpieniu lub, w przypadku jej braku, dwa lata po notyfikacji. W związku z wynikiem referendum z czerwca 2016 r. w sprawie wystąpienia z Unii Europejskiej rząd brytyjski usiłował użyć prerogatywy w celu złożenia notyfikacji wymaganej przez art. 50 TUE.

Kluczowym zagadnieniem prawnym mającym znaleźć rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie było to, czy rząd może użyć prerogatywy do wystąpienia z UE bez uzyskania uprzedniej zgody parlamentu. Prokuratorzy generalni Irlandii Północnej, Szkocji i Walii podnieśli także problem konieczności konsultacji decyzji o wystąpieniu z UE z organami prawodawczymi działającymi w tych krajach. Obowiązek konsultacji lub uzyskania zgody miałby wynikać z właściwych ustaw gwarantujących dewolucję części uprawnień do szkockich, północnoirlandzkich i walijskich organów stanowiących[13].

Określenie wymogów konstytucyjnych obowiązujących w Wielkiej Brytanii w rozumieniu art. 50 TUE należy do sędziów krajowych. Inicjatorzy procedury kontroli sądowej podkreślają, że nieistotne dla rozstrzygnięcia apelacji są polityczne kwestie, takie jak merytoryczna poprawność decyzji o wystąpieniu z UE, chronologiczny plan wystąpienia czy przyszłość i kształt relacji między Wielką Brytanią a Unią Europejską.

Powodowie podnoszą, że w związku z obowiązującym w brytyjskiej tradycji prawnej zwyczajem niemożności używania prerogatywy do podejmowania działań skutkujących zmianami prawa krajowego rząd brytyjski nie może samodzielnie złożyć notyfikacji o zamiarze wystąpienia z UE bez uprzedniej zgody obu izb parlamentu. Nie ma bowiem wątpliwości, że wystąpienie będzie miało wymierny wpływ na kształt prawa krajowego. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga wykładni przepisów *European Communities Act 1972* (dalej: ECA), ustawy, która transponowała prawo europejskie do systemu brytyjskiego i nadała temu pierwszemu bezpośrednią skuteczność. Sąd winien mieć także na względzie powiązane ustawy wydane później, traktaty europejskie, jak i *European Union Referendum Act 2015*, który postanowił o zorganizowaniu referendum ws. wystąpienia z UE[14].

Sprawy związane z dewolucją wymagały zbadania, czy przepisy *Northern Ireland Act 1998* i powiązanych aktów prawnych nakazują wyrażenie zgody na złożenie notyfikacji w formie ustawy lub w inny sposób angażujący parlament północnoirlandzki, lub obywateli Irlandii Północnej. Dewolucyjne organy prawodawcze w Irlandii Północnej, Szkocji i Walii mają obowiązek przestrzegać prawa Unii Europejskiej. Na mocy tzw. konwenansu Sewela parlament brytyjski w Londynie zachowuje powściągli-

12 Sprawa *R (Iceland Foods Ltd) v Newport City Council* [2010] EWHC 2502 (Admin).

13 Sprawa [2017] UKSC 5, [1]–[12]. Wyrok dostępny w całości na stronie internetowej: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf.

14 Tamże, [34].

wość w regulowaniu spraw dewolucyjnych bez zgody właściwych organów ustawodawczych.

W ocenie sądu pierwszej instancji minister ds. wystąpienia z Unii Europejskiej (ang. *Secretary of State for Exiting the European Union*, dalej: *Secretary of State*) nie miał prawa do złożenia notyfikacji bez zgody parlamentu. Sąd pierwszej instancji w Irlandii Północnej odrzucił powództwo w odniesieniu do tzw. spraw dewolucyjnych.

Wyrok

Sąd Najwyższy odrzucił apelację większością osiem do trzech. W opinii większości minister ma obowiązek uzyskania autoryzacji obu izb parlamentu w formie ustawy, by złożyć notyfikację o zamiarze wystąpienia z UE w zgodzie z art. 50 TUE. W zakresie spraw dewolucyjnych SN jednogłośnie uznał, że ani sekcja 1, ani sekcja 75 *Northern Ireland Act 1998* nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie, zaś konwenans Sewela nie tworzy prawnie egzekwowalnego obowiązku.

Przepisy *European Communities Act 1972* nie dopuszczają sytuacji, w której minister wykorzystuje prerogatywę królewską w celu wystąpienia z Unii Europejskiej bez uprzedniej autoryzacji parlamentu. Sekcja 2 ECA zatwierdziła przeprowadzenie procesu, w którym prawo UE stało się źródłem krajowego prawa Zjednoczonego Królestwa, prawa, które stoi wyżej w hierarchii niż jakiekolwiek źródło brytyjskie, w tym ustawy[15]. Dopóki ECA pozostaje w mocy, jej skutkiem jest traktowanie prawa UE jako niezależnego i nadrzędnego źródła prawa krajowego[16]. Na mocy ECA parlament brytyjski dokonał częściowego przekazania kompetencji prawodawczych na rzecz organów UE, do czasu zmiany prawa[17].

Kwestią niesporną jest, że prawo brytyjskie ulegnie zmianie wskutek wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej. Nie pozostanie to bez wpływu na prawa podmiotowe obywateli brytyjskich gwarantowane przez źródła prawa UE[18].

Rząd podnosił, że *European Communities Act 1972* nie wyklucza wykorzystania prerogatywy ministerialnej do wystąpienia ze struktur unijnych. Wręcz przeciwnie, sekcja 2 ECA możliwość taką konstytuuje, ponieważ stanowi o skuteczności prawa UE w krajowym porządku prawnym jedynie do momentu podjęcia decyzji o wystąpieniu[19]. Jednakże SN podkreślił, że istnieje różnica pomiędzy zmianami w systemie brytyjskim wynikającymi z nowelizacji prawa unijnego a zmianami prawa brytyjskiego, które są skutkami wystąpienia z UE. Wystąpienie z UE wywołuje istotne konsekwencje dla podstawowych brytyjskich wymogów konstytucyjnych – poprzez eliminację prawodawstwa UE z systemu źródeł prawa Wielkiej Brytanii[20]. Ta fundamentalna zmiana będzie nieuchronną konsekwencją złożenia notyfikacji w trybie art. 50 TUE[21] i jako taka wymaga, w świetle brytyjskiej konstytucji, zgody parlamentu[22].

Ponieważ wystąpienie z UE doprowadzi do eliminacji części praw podmiotowych przysługujących obecnie obywatelom brytyjskim na mocy prawa unijnego, jest to dodatkowy powód, dla którego unilateralne złożenie notyfikacji przez ministra jest niemożliwe[23].

Parlament mógł w ECA upoważnić ministrów do wystąpienia z UE, musiałby to jednak uczynić za pomocą jednoznacznych sformułowań ustawowych. W opinii SN upoważnienia takiego ECA nie tylko nie zawiera, ale wprost nakazuje uzyskanie zgody władzy ustawodawczej[24]. Sekcja 2 ECA traktuje o udziale ministrów w procesach prawodawczych w UE – wystąpienie ze Wspólnoty jest przeciwieństwem takiego udziału[25].

Nie jest wystarczające podnoszenie, że fakt, iż ministrowie ponoszą polityczną odpowiedzialność przed parlamentem, stanowi dostateczną gwarancję sprawowania kontroli przez władzę ustawodawczą. Istotne jest to, że ECA w ogóle nie nadaje ministrom prawa do działania, zwłaszcza w sytuacji, gdy złożenie notyfikacji jest nieodwołalne i definitywnie uprzedza jakąkolwiek reakcję parlamentu[26].

Konkluzji Sądu Najwyższego nie może zmienić to, że w instrumentach prawnych wydanych po

15 Tamże, [60].

16 Tamże, [65].

17 Tamże, [67]–[68].

18 Tamże, [69].

19 Tamże, [75].

20 Tamże, [78]–[80].

21 Tamże, [81].

22 Tamże, [82].

23 Tamże, [83].

24 Tamże, [87]–[88].

25 Tamże, [95].

26 Tamże, [92].

wejściu w życie ECA parlament uzyskał prawo do kontrolowania działań ministerialnych w zakresie uczestnictwa w procesach prawodawczych w UE. Działania podlegające kontroli nie obejmują bowiem aktu wystąpienia[27].

Jakkolwiek referendum z czerwca 2016 r. ma doniosłe znaczenie polityczne, jego status prawny zależy wyłącznie od treści ustawy, która jego przeprowadzenie umożliwiła, ta zaś jednak nie określiła żadnych konsekwencji referendum poza jedynie nakazaniem jego przeprowadzenia. Zmiana prawa wymagana do wprowadzenia wyników referendum w życie musi zostać dokonana w zgodzie z brytyjskimi wymogami konstytucyjnymi, tj. w drodze ustawy. Rząd w toku rozprawy przed SN przyznał, że uchwała Izby Gmin z 7 grudnia 2016 r. nakazująca ministrowi złożenie notyfikacji o zamiarze wystąpienia z UE była jedynie aktem o wymiarze politycznym i nie ma wpływu na rezultat niniejszej apelacji[28].

Trzech sędziów złożyło zdania odrębne. Lord Reed uznał, że skuteczność prawa unijnego, którą parlament zagwarantował w ECA, jest immanentnie zależna od stosowalności traktatów unijnych w Wielkiej Brytanii, innymi słowy: od członkostwa Zjednoczonego Królestwa w Unii Europejskiej. Akt ECA nie nakłada żadnego dodatkowego wymogu w zakresie wystąpienia z UE, dlatego minister może skorzystać z prerogatywy w celu zmiany statusu Wielkiej Brytanii w Unii, włącznie z zaprzestaniem członkostwa[29].

Lord Carnwath zaopiniował, że złożenie notyfikacji zgodnie z art. 50 ust. 2 TUE samo z siebie nie wpłynie na zmianę prawa ani praw podmiotowych – jest ono jedynie początkiem politycznego z natury procesu negocjacji i podejmowania decyzji dotyczących wystąpienia. Rząd jest politycznie odpowiedzialny przed władzą ustawodawczą za efekt tych negocjacji. Co więcej, proces ten nie może zostać zakończony bez wyrażenia zgody przez parlament w formie ustawy – zgoda ta winna być jednak wymagana dopiero na etapie samego wystąpienia z UE, nie zaś złożenia notyfikacji o tym zamiarze[30].

W odniesieniu do spraw dewolucyjnych SN na wstępie zauważył, że prawodawstwo regulujące dewolucję zostało przyjęte przy założeniu, że Zjednoczone Królestwo pozostanie w Unii Europejskiej, co nie oznacza, że członkostwo jest wymagane, by ustalenia dewolucyjne pozostawały w mocy. Stosunki międzynarodowe pomiędzy Irlandią Północną, Szkocją i Walią a strukturami UE leżą w gestii rządu brytyjskiego i parlamentu, nie organów dewolucyjnych. Wystąpienie z UE zmieni zakres uprawnień tychże organów i zniesie obowiązek przestrzegania prawa unijnego[31].

W obliczu decyzji większości sędziów, że do wystąpienia Wielkiej Brytanii z UE niezbędne jest przyjęcie ustawy, nie jest konieczne rozpatrzenie, czy *Northern Ireland Act* tworzy taki obowiązek w swoim zakresie[32]. Decyzja o wystąpieniu Wielkiej Brytanii z UE może być zakwalifikowana jako decyzja Ministra ds. Irlandii Północnej w odniesieniu do Irlandii Północnej w rozumieniu sekcji 75 *Northern Ireland Act*. Co więcej, w myśl sekcji 1 (tejże ustawy), która ustanowiła prawo mieszkańców Irlandii Północnej do podjęcia decyzji o pozostaniu częścią Wielkiej Brytanii lub przyłączeniu do Republiki Irlandii, nie odnosi się ona do innych zmian w wymogach konstytucyjnych Irlandii Północnej[33].

W odniesieniu do zastosowania konwenansu Sewela do decyzji o wystąpieniu z UE, to konwenans ten stanowi o ograniczeniu kompetencji brytyjskiego parlamentu. W związku z tym odgrywa on istotną rolę w funkcjonowaniu brytyjskiej konstytucji. Kontrola zakresu konwenansu i jego praktycznego oddziaływania znajduje się poza kompetencjami sądów wyznaczonymi wymogami konstytucyjnymi. Organy dewolucyjne nie dysponują prawem weta wobec decyzji Wielkiej Brytanii o wystąpieniu z Unii Europejskiej[34].

Znaczenie

Mark Elliott zauważył, że wyrok w przedmiotowej sprawie podkreślił fundamentalne różnice między sędziami w pojmowaniu natury prawa UE w systemie brytyjskim. Większość uznała, że jakkolwiek porządek brytyjski jest dualistycz-

27 Tamże, [111].
28 Tamże, [116]–[124].
29 Tamże, [177].
30 Tamże, [259].
31 Tamże, [129]–[130].
32 Tamże, [132].
33 Tamże, [133]–[135].
34 Tamże, [136]–[151].

ny, to po przyjęciu ECA prawo unijne przestało być luźnym związkiem ustaleń traktatowych, stało się zaś integralną częścią prawa krajowego. Lord Reed stoi natomiast na stanowisku, że prawo UE jest odrębnym źródłem prawa, które obowiązuje w Wielkiej Brytanii wyłącznie na mocy autoryzacji ustawowej i zachowuje przez to swój swoisty charakter. W myśl tego poglądu ECA nie utworzyła nowych ustawowych praw i obowiązków, tylko ukonstytuowała skuteczność i egzekwowalność obcego dotychczas brytyjskiej tradycji prawnej systemu unijnego[35].

W opinii Steve'a Peersa wyrok dawał siłom politycznym realne szanse na zaproponowanie konstruktywnych poprawek do ustawy mającej autoryzować właściwego ministra do złożenia notyfikacji. Najważniejsza w opinii autora miała być poprawka wymagająca uzyskania zgody obu izb parlamentu na przyjęcie wyników negocjacji w sprawie wystąpienia, czyli traktatu regulującego warunki opuszczenia UE przez Wielką Brytanię[36]. Przepis takowy znalazł się w ostatecznym tekście ustawy[37].

Polly Botsford zwrócił szczególną uwagę na pkt 240 wyroku, zdanie odrębne Lorda Reeda, w którym przestrzega on przed „legalizowaniem spraw z natury politycznych", co może nie mieścić się w ramach wyznaczonych przez brytyjskie wymogi konstytucyjne[38].

Należy zauważyć, że decyzja o wystąpieniu z UE – pomimo przełomowego jej znaczenia i ustanowienia istotnego precedensu – miała ograniczone skutki praktyczne. Rząd Theresy May niezwłocznie rozpoczął starania mające na celu przyjęcie przez obie izby parlamentu stosownej ustawy, wyznaczając termin jej przyjęcia najpóźniej na koniec marca. *European Union (Notification of Withdrawal) Bill 2016-17* został przyjęty przez obie izby 13 marca i wszedł w życie trzy dni później, po uzyskaniu podpisu Królowej Elżbiety II. Istotnym natomiast skutkiem decyzji, jakkolwiek odległym w czasie, mogą być jej implikacje dewolucyjne, bowiem premier Szkocji Nicola Sturgeon zapowiedziała ubieganie się o zwołanie kolejnego referendum niepodległościowego. Theresa May w odpowiedzi zastrzegła, że referendum nie odbędzie się wcześniej niż przed zakończeniem procesu wystąpienia Wielkiej Brytanii z UE, nie odrzuciła jednak takiej ewentualności w przyszłości bardziej odległej[39].

Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie R (on the application of Hicks and others) (Appellants) v Commissioner of Police for the Metropolis *[2017] UKSC 9*

Stan faktyczny

Apelacja dotyczy zatrzymania i aresztu czterech osób 29 kwietnia 2011 r. podczas ceremonii ślubnej księcia Williama i księżnej Kate. Apelanci pierwotnie stanowili część większej grupy powodów, natomiast w toku rozprawy w pierwszej instancji uzgodniono ograniczenie powoływanych podstaw prawnych i scalenie powództw w celu potraktowania sprawy jako precedensowej[40]. Apelanci zostali aresztowani w różnych miejscach na terenie Londynu, ponieważ w ocenie służb bezpieczeństwa było to niezbędne do przeciwdziałania zagrożeniu nieuchronnego zakłócenia spokoju publicznego. Wszyscy zostali zwolnieni po zakończeniu ceremonii

35 M. Elliott, *Analysis: The Supreme Court's Judgment in Miller*, 25 stycznia 2017 r., https://publiclawforeveryone.com/2017/01/25/analysis-the-supreme-courts-judgment-in-miller/ (dostęp 16.03.2017).

36 E. Peers *The Judgment in Miller: Representative Democracy Strikes Back*, 25 stycznia 2017 r., http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2017/01/the-judgment-in-miller-representative.html (dostęp 16.03.2017).

37 European Union (Notification of Withdrawal) Bill 2016-17, https://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2016-2017/0111/17111.pdf (dostęp 16.03.2017).

38 P. Botsford, *Brexit: the court, the controversy and the constitution*, International Bar Association, 2 lutego 2017 r., http://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=6f911ce3-ae15-42ef-86c1-553e701a4892 (dostęp 16.03.2017).

39 *Sturgeon: Autumn 2018 'common sense' for indyref2*, BBC, 9 marca 2017 r., http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-39213767 (dostęp 16.03.2017).

40 Sprawa [2017] UKSC 9, [1], [3]. Wyrok dostępny w całości na stronie internetowej: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0017-judgment.pdf.

zaślubin bez przedstawienia zarzutów, policja doszła bowiem do wniosku, że zagrożenie minęło. Długość pobytu w areszcie wahała się w przypadku apelantów od dwóch i pół do pięciu i pół godziny[41].

Sąd pierwszej instancji odrzucił argumenty strony powodowej podważające legalność decyzji o zastosowaniu szczególnych środków bezpieczeństwa na czas ceremonii, jak również te zarzucające bezpodstawność i brak konieczności aresztowań. Powodowie nie apelowali tych rozstrzygnięć[42]. Sąd Najwyższy musiał jednak rozstrzygnąć, czy zatrzymanie i aresztowanie było zgodne z prawem do wolności i bezpieczeństwa osobistego skodyfikowanym w art. 5 Europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC)[43]. Zgodnie z tym przepisem nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem przypadków uregulowanych w ustępie 1. Przedstawiciel policji podnosił, że aresztowanie było uzasadnione względami wymienionymi w art. 5 ust. 1 lit. b) EKPC, tj. w celu zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku lub, alternatywnie, w zgodzie z art. 5 ust. 1 lit. c) EKPC, który zezwala na pozbawienie wolności „w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą lub jeśli jest to konieczne w celu zapobieżenia popełnienia takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu". Na potrzeby art. 5 EKPC zakłócenie spokoju publicznego traktowane jest jako przestępstwo, mimo że nie jest jako takowe stypizowane w prawie Anglii i Walii[44].

Sąd pierwszej instancji zdecydował, że zatrzymanie i aresztowanie powodów było usprawiedliwione względami z art. 5 ust. 1 lit. c) EKPC. Sąd uznał, że przesłanka „w celu postawienia przed właściwym organem" ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy celem zatrzymania lub aresztowania jest zamiar postawienia osoby przed sądem umotywowany realnym podejrzeniem popełnienia przestępstwa, a nie w sytuacji, gdy do aresztowania lub zatrzymania dochodzi w celu zapobieżenia popełnieniu przestępstwa[45]. W związku z tym nie było konieczności rozpatrzenia zgodności aresztowania z art. 5 ust. 1 lit. b) EKPC[46]. Sąd Apelacyjny w Londynie zgodził się z konkluzjami sądu pierwszej instancji, natomiast zastosował alternatywne rozumowanie. W świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie *Ostendorf przeciwko Republice Federalnej Niemiec*[47], wydanego po zapadnięciu wyroku w pierwszej instancji, przesłanka „w celu postawienia przed właściwym organem" powinna być stosowana w odniesieniu do całości art. 5 ust. 1 lit. c) EKPC. Jednakże Sąd Apelacyjny skonkludował, że oficerowie policji, którzy przeprowadzali aresztowania, mieli świadomość, że przetrzymanie potrwa najdłużej do momentu, w którym istniała będzie realna możliwość postawienia aresztowanych przed sądem. W związku z tym apelanci zostali pozbawieni wolności „w celu postawienia przed właściwym organem" w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. c) Konwencji[48].

Wyrok

Sad Najwyższy jednogłośnie odrzucił apelację. Podstawową zasadą kryjącą się za art. 5 EKPC jest potrzeba ochrony osoby przed arbitralnym zatrzymaniem. Fundamentem tej ochrony jest kontrola sądowa. Niemniej art. 5 nie powinien skutkować pozbawieniem oficerów policji możliwości skutecznego wykonywania obowiązków w zakresie utrzymywania porządku publicznego i ochrony życia i własności innych[49]. Sąd musi mieć wzgląd na zasadę proporcjonalności, która leży u podstaw zarówno art. 5, jak i prawa precedensowego dotyczącego aresztowań za naruszenie spokoju publicznego. Należy mieć na uwadze realne konsekwencje potencjalnych zakazów, które można wywnioskować, przeprowadzając językową wykładnię przepisu[50]. Zdolność służb policyjnych do wykonywania obowiązków zostałaby znacznie ograniczona, gdyby

41 Tamże, [3].

42 Tamże, [5].

43 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284).

44 Tamże, [8].

45 Tamże.

46 Tamże, [9].

47 Wyrok z dnia 7 marca 2013 r., skarga nr 15598/08.

48 Sprawa [2017] UKSC 9, [11].

49 Tamże, [29].

50 Tamże, [30].

były one pozbawione możliwości krótkotrwałego zatrzymania osoby (zbyt krótkiego, by można było realnie przewidywać postawienie jej przed sądem)[51].

Orzecznictwo ETPC nie wskazuje jednoznacznie uzasadnienia dla stosowania prewencyjnych uprawnień przez służby porządkowe w obrębie art. 5 EKPC. Sąd w sprawie *Ostendorf* był podzielony w tej kwestii. Jakkolwiek Sąd Najwyższy ma obowiązek wziąć pod uwagę judykaturę ETPC, ostateczna decyzja należy do Sądu[52]. Skład SN wyraził poparcie dla poglądu mniejszości w sprawie *Ostendorf*, zgodnie z którym art. 5 ust. 1 lit. c) EKPC uzasadnia prewencyjne zatrzymanie i niezwłoczne zwolnienie[53]. Pozbawiony sensu jest pogląd, że aby zgodnie z prawem zatrzymać osobę w celu przeciwdziałania nieuchronnemu popełnieniu przezeń przestępstwa, należy wykazać zamiar wydłużania aresztowania ponad okres, w którym ryzyko popełnienia czynu zabronionego istniało, do czasu, gdy możliwe staje się postawienie takiej osoby przed sądem. Zastosowanie tego rozumowania skutkowałoby zbędnym przedłużaniem zastosowania środka w postaci zatrzymania, obciążyłoby również służby policyjne znacznymi kosztami[54]. Zastosowanie przesłanki „w celu postawienia przed właściwym organem" uzależnione jest w ocenie SN od tego, czy przyczyna aresztowania jest na tyle istotna i na tyle rozciągnięta w czasie, by wymagać postawienia takiej osoby przed sądem. Szybkie zwolnienie z aresztu przeprowadzonego dla celów prewencyjnych nie stanowi naruszenia art. 5 EKPC, jeżeli legalność zatrzymania można podważyć przed sądem[55].

W zakresie wykładni art. 5 ust. 1 lit. b) EKPC Sąd Najwyższy również opowiedział się po stronie mniejszości w sprawie *Ostendorf*. Ogólny nakaz powstrzymania się od popełniania czynów zabronionych lub, w tym przypadku, od naruszania spokoju publicznego, nie jest „określonym w ustawie obowiązkiem" w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. b) EKPC, ponieważ nie jest to nakaz wystarczająco konkretny i określony. Ogólny nakaz nie nabiera określoności tylko poprzez odwołanie do konkretnego stanu faktycznego czy też faktu uświadomienia nakazu konkretnej osobie. Służby policyjne mogą być zmuszone do działania w celu zapobieżenia naruszeniu spokoju publicznego nawet w sytuacjach, gdzie nie ma wystarczająco dużo czasu na wydanie ostrzeżenia[56].

Znaczenie

Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Ostendorf* potwierdził stałą linię orzeczniczą, zgodnie z którą zatrzymanie prewencyjne można zastosować jedynie wobec osoby podejrzanej o popełnienie czynu zabronionego. Sąd uznał jednak, że w okolicznościach tej sprawy (gdzie dokonano zatrzymania chuligana piłkarskiego na czas meczu) prewencyjne pozbawienie wolności należy uznać za usprawiedliwione na podstawie art. 5 ust. 1 lit. b) EKPC, który dopuszcza „zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie w przypadku niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku". Sąd zastosował szeroką interpretację art. 5 ust. 1 lit. b), czego skutkiem jest poszerzenie uprawnień organów sprawiedliwości w zakresie walki z określonymi niepożądanymi zjawiskami społecznymi.

Warto zauważyć, że Sąd Najwyższy opowiedział się po stronie głosu mniejszości w sprawie *Ostendorf*. Zamiast zastosować celowościową wykładnię art. 5 ust. 1 lit. b) EKPC, Sąd oparł się na jej art. 5 ust. 1 lit. c), uznając, że może mieć on zastosowanie do aresztowań prewencyjnych w przypadku, gdy do zwolnienia dochodzi w bardzo krótkim czasie. Pozostaje kwestią otwartą, jak szeroko angielskie sądy będą interpretowały przesłankę konieczności umożliwienia służbom policyjnym wykonywania swoich obowiązków. Sąd nie dokonał bowiem w przedmiotowej sprawie analizy czynności operacyjnych policji, nie ocenił ich skuteczności, położył natomiast wyraźny nacisk na fakt niemal natychmiastowego zwolnienia ich z aresztu. Wskazuje się, że sądy w przyszłości będą być może musiały uważniej i dogłębniej zbadać kwestię praktycznych konsekwencji uznania krótkotrwałego zatrzymania za sprzeczne z art. 5 Konwencji. Tym bardziej że SN nie ocenił jednoznacznie, czy istniało realne zagrożenie dla spokoju publicznego, poprzestając na stwierdze-

51 Tamże, [31].
52 Tamże, [32].
53 Tamże, [33].
54 Tamże, [36].
55 Tamże, [38].
56 Tamże, [27], [40].

niu, że aresztowanie nie stanowiło złamania praw indywidualnych.

Z drugiej strony wyrok poszerza możliwości organów policyjnych w zakresie przeciwdziałania potencjalnym zagrożeniom. Jakkolwiek zdolność precyzyjnej oceny stopnia zagrożenia jest i pozostaje kluczowa, perspektywa zapobiegania tak niepożądanym zjawiskom społecznym jak chuligaństwo stadionowe jest atrakcyjna.

Adam Dassuj

Przegląd orzecznictwa sądów francuskich

Przedmiotem przeglądu są aktualne orzeczenia Sądu Kasacyjnego (fr. *Cour de cassation*), najwyższego organu sądowniczego we Francji, którego rolą jest ujednolicanie i kształtowanie orzecznictwa sądów pierwszej i drugiej instancji. Sąd Kasacyjny jest sądem sądów, postępowanie przed nim ma bowiem charakter nadzwyczajny i służy do przeprowadzenia kontroli poprawnego stosowania przepisów prawa materialnego i procesowego w wyrokach niższej instancji. Postępowanie nie ma na celu merytorycznego badania sporu. Należy jednak zauważyć, że wyrok Sądu Kasacyjnego, tak jak każdego innego sądu we Francji, dotyczy zawsze konkretnego problemu prawnego. Zgodnie z art. 5 francuskiego kodeksu cywilnego (fr. *Code civil des Français* – CC) sędzia nie może podejmować decyzji o charakterze generalnym czy ustawodawczym. W praktyce jednak działalność orzecznicza nierzadko przybiera prawotwórczy charakter. Za przykład posłużyć może konstruowanie zasady obiektywnej odpowiedzialności za szkodę na podstawie art. 1242 CC (dawnego art. 1384), pierwotnie interpretowanego zawężająco.

Niniejszy przegląd dotyczyć będzie orzeczeń z zakresu prawa prywatnego. Z uwagi na ich często lakoniczny charakter i w celu ukazania szerszego kontekstu omawianego problemu prawnego danego rozstrzygnięcia autor wprowadza dodatkowe wyjaśnienia oraz konfrontuje komentowane orzeczenie z aktualną linią orzeczniczą.

Wyrok Sądu Kasacyjnego (Zgromadzenie Ogólne) z dnia 16 grudnia 2016 r., 08-86.295 Granice dopuszczalnej krytyki sędziego przez adwokata poza salą sądową

1. Stan faktyczny

Sprawa dotyczy zniesławienia sędziów Marie-Paul Moracchini oraz Rogera Le Loire na łamach dziennika „Le Monde" przez adwokata Oliviera Morice'a reprezentującego żonę zmarłego w niejasnych okolicznościach sędziego Bernarda Borrela.

W październiku 1995 r. w Dżibuti znaleziono spalone ciało Bernarda Borrela – francuskiego sędziego oddelegowanego kilka miesięcy wcześniej jako doradca przy ministerstwie sprawiedliwości Republiki Dżibuti. Wdowa kontestowała oficjalne stanowisko rządu Dżibuti jakoby jej mąż popełnił samobójstwo. W marcu 1997 r. złożyła zawiadomienie o przestępstwie, wyznaczając jako jednego ze swoich pełnomocników adwokata Oliviera Morice'a. Prowadzenie postępowania przydzielono sędzi Marie-Paul Moracchini oraz sędziemu Rogerowi Le Loire. W marcu 2000 r. odbyła się wizja lokalna w miejscu odnalezienia zwłok, w której nie uczestniczyli jednak strona ani jej pełnomocnicy. Całość została utrwalona na kasecie wideo. W czerwcu 2000 r. sędziowie Moracchini i Le Loire zostali, na wniosek strony, odsunięci od prowadzenia sprawy.

Dnia 6 września 2000 r. Olivier Morice w liście zaadresowanym do Ministra Sprawiedliwości Republiki Francuskiej wnosił o przeprowadzenie postępowania dyscyplinarnego mającego na celu wyjaśnienie licznych nieprawidłowości proceduralnych w postępowaniu dotyczącym śmierci sędziego Borrela. Dotyczyło to m.in. zaniechania włączenia do materiału dowodowego kasety wideo przez odsuniętych sędziów.

Nazajutrz, dnia 7 września 2000 r. w dzienniku „Le Monde" opublikowano artykuł pod tytułem *Sprawa Borrela: wątpliwości co do bezstronności sędzi Moracchini*[1].

1 *Affaire Borrel: remise en cause de l'impartialité de la juge Moracchini*, „Le

Autor artykułu, cytując fragmenty listu Oliviera Morice'a oraz rozmowy telefonicznej, jaką odbył z adwokatem, napisał, że sędzia Moracchini „zachowała się w sposób całkowicie sprzeczny z zasadami bezstronności i uczciwości (…), nie załączyła do materiału dowodowego i nie przekazała sędziemu, który ją zastąpił, ważnego dowodu w toczącym się postępowaniu". Ponadto dodał, że „sędziowie Moracchini i Le Loire zachowali w tajemnicy kasetę wideo, której nie włączyli formalnie do materiału dowodowego w miesiąc od ich wyłączenia ze sprawy". Autor artykułu przytacza także treść ręcznie napisanej przez prokuratora Dżibuti notatki dołączonej do kasety wideo, której treść była następująca: „Cześć, Marie-Paul, wysyłam kasetę wideo z wizji lokalnej. Mam nadzieję, że obraz jest satysfakcjonujący. Oglądałem program *Sans aucun doute* na TF1. Ponownie mogłem się przekonać, jak bardzo Pani Borrel i jej adwokaci są zdecydowani kontynuować swoje manipulacje. Zadzwonię niebawem. Pozdrów Rogera oraz J.C. Dauvela (prokuratora w Paryżu – przyp. A.D.). Do zobaczenia. Całuję. Djama". Według adwokata Oliviera Morice'a cytowanego w dalszej części artykułu: „ten element pokazuje zmowę[2], jaka zawiązała się pomiędzy prokuratorem Dżibuti i sędziami francuskimi, która jest skandaliczna".

Sędziowie Marie-Paul Moracchini i Roger Le Loire wnieśli pozew o zniesławienie przeciwko redaktorowi naczelnemu „Le Monde" oraz autorowi artykułu, a także przeciwko adwokatowi Olivierowi Morice'owi za współudział.

Po licznych orzeczeniach w sprawie ostateczne stanowisko jurysdykcji francuskiej zostało wyrażone w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Rouen[3] oraz potwierdzone przez Izbę Karną (fr. *Chambre criminelle*) Sądu Kasacyjnego, która oddaliła skargi stron[4]. Olivier Morice wykorzystał tym samym wszelkie środki odwoławcze dostępne w prawie francuskim i wniósł skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC), wskazując na naruszenie przez Francję wolności wyrażania opinii ustanowionej w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC).

2. Ocena prawna

Sąd Apelacyjny w Rouen uznał, że pozwani dopuścili się zniesławienia publicznego, tj. deliktu o charakterze karnym z art. 29 ust. 1 ustawy o wolności prasy (dalej: u.w.p.). Według tego przepisu publiczne rozpowszechnienie twierdzenia, które godzi w honor albo poszanowanie osoby stanowi zniesławienie[5]. W stosunku do Oliviera Morice'a sąd zastosował ponadto art. 23 ust. 1 u.w.p., przewidujący, że prowokowanie do dokonania zniesławienia stanowi współudział w czynie. Sąd nie podzielił argumentów pozwanych, wskazujących na wyjątek dobrej wiary określony w art. 41 ustawy, według którego nie stanowi zniesławienia rzetelne i dokonane w dobrej wierze sprawozdanie (fr. *compte rendu*) z postępowania sądowego ani też twierdzenia wygłoszone ustnie albo pisemnie w trakcie postępowania sądowego[6]. Sąd apelacyjny podkreślił, że oskarżenie Oliviera Morice'a wyrażone w liście do ministra sprawiedliwości było spóźnione i nieprzydatne w toczącym się postępowaniu. Nie było też uzasadnione obroną interesów strony. Należy bowiem przypomnieć, że sędziowie zostali odsunięci od prowadzenia postępowania na cztery miesiące przed ukazaniem się spornego artykułu. Sąd uznał, że oskarżenie było powodowane niechęcią osobistą adwokata do sędzi, która prowadziła w tym czasie inne postępowanie, gdzie pełnomocnikiem strony także był Morice. Konkludując, Sąd Apelacyjny w Rouen uznał działania adwokata za „wyrównanie rachunków *à posteriori*", nie zaś za rzetelne i dokonane w dobrej wierze sprawozdanie z toczącego się postępowania. Sąd kasacyjny podtrzymał wyrok sądu apelacyjnego, uznając, że granice swobod-

Monde" z dnia 8 września 2000 r., s. 34.

2 W oryginale *connivence*, co można tłumaczyć także jako porozumienie.

3 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rouen z dnia 16 lipca 2008 r., 04/01169, internetowa baza danych LexisNexis.

4 Wyrok Sądu Kasacyjnego (Izba Karna) z dnia 10 listopada 2009 r., 08-86.295.

5 Art. 29 u.w.p. z dnia 29 lipca 1881 r.: „Toute allégation (…) qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne (…) est une diffamation".

6 Art. 23 ust. 4 u.w.p.: „Ne donneront lieu à aucune action en diffamation (…) le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux".

nej krytyki sędziego zostały przekroczone.

Olivier Morice złożył przeciwko Francji skargę do ETPC, podnosząc, obok zarzutu natury proceduralnej[7], zwłaszcza zarzut naruszenia art. 10 EKPC. Artykuł 10 EKPC stanowi o prawie do wyrażania opinii bez nieuzasadnionych interesem społecznym i nieproporcjonalnych ingerencji władz publicznych.

Wielka Izba ETPC w orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 2015 r.[8] stwierdziła, że skazanie Oliviera Morice'a za przedmiotowe twierdzenie stanowiło nieproporcjonalną ingerencję w prawo do swobodnej wypowiedzi. Wypowiedź Oliviera Morice'a wpisywała się bowiem w publiczną debatę charakteryzującą się wysokim interesem społecznym, która dotyczyła prawidłowego funkcjonowania aparatu sprawiedliwości. Trybunał potwierdził, że w takim przypadku możliwość ingerencji władz publicznych zostaje zawężona[9]. Ponadto ETPC uznał, że sporne twierdzenia oparte były na wystarczającej podstawie faktycznej[10]. Trybunał stwierdził skądinąd, że niechęć osobista adwokata Morice'a do sędzi Moracchini nie mogła zostać w żaden sposób udowodniona[11]. Wyczerpującego sprawozdania wyroku ETPC dokonał Marek Antoni Nowicki[12].

W związku z orzeczeniem ETPC francuski Sąd Kasacyjny w dniu 16 grudnia 2016 r. wydał orzeczenie, w którym podzielił rozumowanie Trybunału, uznając, że twierdzenia Oliviera Morice'a nie naruszały granic swobodnej krytyki sędziego przez adwokata.

3. Znaczenie wyroku

Istotne w omawianej sprawie jest ukazanie rozbieżności orzecznictwa ETPC i francuskiego Sądu Kasacyjnego oraz ich obopólnego dialogu (czy też monologu?) w określaniu granic swobodnej wypowiedzi adwokata poza salą sądową.

W orzecznictwie ETPC, ufundowanym na art. 10 EKPC, prawo do swobodnego głoszenia opinii może być ograniczane tylko ze względu na ważny interes społeczny. Ingerencja władzy publicznej zostaje prawie całkowicie wyłączona w obszarze polemiki politycznej oraz w obszarze debaty publicznej charakteryzującej się wysokim interesem społecznym[13]. Według Trybunału debata dotycząca prawidłowego funkcjonowania aparatu sprawiedliwości ma taki charakter[14]. Także zainteresowanie mediów może stanowić wyznacznik debaty o takim charakterze[15]. Trybunał podkreśla, że swoboda głoszenia opinii dotyczy nie tylko wypowiedzi przyjętych z aprobatą, ale także i zwłaszcza wypowiedzi, które szokują, ranią czy niepokoją, jeżeli tylko sprzyja to rozwojowi społeczeństwa demokratycznego[16]. Ponadto Trybunał wypracował roz-

7 Naruszenie art. 6 EKPC polegające na braku rzetelności i bezstronności przy rozpatrywaniu sprawy przez Sąd Kasacyjny. Zarzut ten oparto na fakcie, że sędzia zasiadający w składzie Sądu Kasacyjnego, który wydał wyrok w sprawie skarżącego, dziewięć lat wcześniej wyraził poparcie dla sędzi Moracchini w kontekście postępowania dyscyplinarnego z powodu jej zachowania w innym postępowaniu.

8 *Morice przeciwko Francji*, sprawa nr 29369/10. Było to drugie z kolei orzeczenie w przedmiotowej sprawie. W pierwszym orzeczeniu z dnia 11 lipca 2013 roku Izba (Sekcja V) ETPC orzekła jednomyślnie, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC, oraz, większością głosów, że nie było naruszenia art. 10 EKPC. Skarżący wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Wielką Izbę.

9 Por. pkt 153 orzeczenia ETPC.

10 Por. pkt 157–160 orzeczenia ETPC – w oryginale „base factuelle suffisante".

11 Por. pkt 161 orzeczenia ETPC.

12 Zob., http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2015/10/omowienie_orzeczenia_morice_przeciwko_francji.pdf (dostęp 15.07.2017).

13 Por. wyroki ETPC: z dnia 8 lipca 1999 r., *Sürek przeciwko Turcji*, skarga nr 26682/95, pkt 61; z dnia 11 kwietnia 2006 r., *Brasilier przeciwko Francji*, skarga nr 71343/01, pkt 41; z dnia 7 lutego 2012 r., *Axel Springer AG przeciwko Niemcom*, skarga nr 39954/08, pkt 90.

14 Por. wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 1995 r., *Prager i Oberschlick przeciwko Austrii*, skarga nr 15974/90, pkt 34.

15 Por. wyrok ETPC z dnia 11 lutego 2010 r., *Alfantakis przeciwko Grecji*, sprawa nr 49330/07. Sprawa zmarłego sędziego Borrela była bardzo nagłośniona w mediach. Wdowa opublikowała książkę opisującą jej zmagania z wymiarem sprawiedliwości i występowała w popularnych talk-show. Na temat okoliczności śmierci sędziego Borrela powstało także kilka reportaży dokumentalnych. Skądinąd sprawa miała wymiar międzypaństwowy i dotyczyła relacji Francji z jej dawną kolonią, położoną w strategicznym miejscu Afryki.

16 Por. wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., *Handyside przeciwko Zjedno-*

różnienie na wypowiedzi dotyczące faktów, mogące być przedmiotem empirycznego dowodu, oraz wypowiedzi subiektywne, nieweryfikowalne[17]. Oceniając wypowiedzi subiektywne (a taka była wypowiedź adwokata Morice'a), należy zbadać, czy mają one wystarczające oparcie w faktach, czy też w tzw. podstawie faktycznej[18]. Uwzględniając powyższy dorobek orzeczniczy, Wielka Izba ETPC jednogłośnie orzekła, że Olivier Morice nie naruszył granic swobodnej wypowiedzi w swojej krytyce sędzi Moracchini.

Inaczej sprawa wygląda w historycznie wypracowanym orzecznictwie sądów francuskich. Dotychczas Sąd Kasacyjny posługiwał się pojęciem dobrej wiary przy wygłaszanym oszczerstwie. Zniesławiający, by wyłączyć swoją odpowiedzialność, musiał udowodnić istnienie czterech przesłanek konstruujących dobrą wiarę: słuszność celu wypowiedzi, roztropność i rozwagę wypowiedzi, rzetelność śledztwa czy badania poprzedzającego wypowiedź oraz brak niechęci osobistej zainteresowanych[19]. W niektórych obszarach granice swobodnej krytyki były poszerzane. Na przykład w polemikach o charakterze politycznym dopuszczano istnienie dobrej wiary nawet pomimo braku roztropności wypowiedzi[20], podobnie w obszarach satyry i humoru czy działalności związków zawodowych. W stosunku do Oliviera Morice'a Sąd Apelacyjny w Rouen błędnie uznał, że istniały pomiędzy zainteresowanymi animozje natury osobistej, zaś oskarżenie adwokata rzekomo nie cechowało się roztropnością. Sąd Kasacyjny w omawianym orzeczeniu dokonuje dalszego zbliżenia orzecznictwa konwencyjnego ETPC i orzecznictwa francuskiego w zakresie określenia granic dopuszczalnej krytyki sędziego poza salą sądową. Zbliżenie to następuję poprzez dalsze importowanie na grunt krajowy pojęć wypracowanych przez Trybunał, takich jak: „debata publiczna charakteryzująca się wysokim interesem społecznym" oraz „wypowiedzi subiektywne mające swe wystarczające oparcie w faktach" (czy też podstawie faktycznej). Sąd Kasacyjny pierwszy raz zastosował pojęcie debaty dotyczącej ważnego interesu społecznego i powołał się na Konwencję w orzeczeniach z 2006 roku[21]. Orzeczenie w sprawie Oliviera Morice'a wpisuje się w tendencję dalszego adoptowania europejskich pojęć dotyczących zniesławienia na grunt prawa francuskiego.

Podsumowując, historycznie wypracowane pojęcie dobrej wiary i konstytuujące ją cztery przesłanki schodzą na dalszy plan – w przypadku gdy zniesławienie wpisuje się w debatę charakteryzującą się wysokim interesem społecznym i gdy oparte jest na wystarczającej „podstawie faktycznej".

Wyrok Sądu Kasacyjnego (Izba Socjalna) z dnia 23 listopada 2016 r., nr 14-26.398 Umowa o pracę. Niezdolność do pracy. Wypowiedzenie

1. Stan faktyczny

Skarżący był od 2002 r. zatrudniony w spółce Lidl (dalej: pracodawca). Po ośmiu latach, w 2010 r., uległ wypadkowi w pracy. W 2011 r. lekarz medycyny pracy orzekł niezdolność skarżącego do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku, wskazując na bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia. Skarżący odmówił pracodawcy propozycji podjęcia pracy w innym regionie Francji oraz za granicą – ze względu na odległość od swojego miejsca zamieszkania. Następnie skarżący został zwolniony z powodu niezdolności do pracy oraz braku możliwości przekwalifikowania w ramach struktury przedsiębiorstwa. Skarżący kwestionował przedmiotowe zwolnienie. Sąd natomiast uznał zwolnienie za zgodne z prawem.

2. Ocena prawna

Skarżący wskazał na naruszenie artykułu L. 1226-10 francuskiego kodeksu pracy. Przepis ten stanowi,

czonemu Królestwu, skarga nr 5493/72, pkt 49.

17 Pojęcie podstawy faktycznej zostało odkryte w wyroku ETPC z dnia 8 lipca 1986 r., *Lingens przeciwko Austrii*, skarga nr 9815/82, pkt 46.

18 Por. przypis 11.

19 Por. raport Sophie Darbois z dnia 25 listopada 2015 r., będący aneksem do omawianego wyroku, https://www.courdecassation.fr/IMG/rapport_darbois_anno_arret_ap_631%20_0886295.pdf (dostęp 15.07.2017).

20 Wyrok Sądu Kasacyjnego z dnia 4 grudnia 2007 r., 05-87.384: „la bonne foi (…) n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans l'expression de la pensée". Zob. także wyrok z dnia 23 marca 1978, nr 77-90.339.

21 Wyroki Sądu Kasacyjnego (Pierwsza Izba Cywilna): z dnia 30 maja 2006 r., 05-14930; z dnia 24 października 2006 r., 04-16.706.

że jeśli pracownik wskutek wypadku w pracy nie jest w stanie podjąć pracy na poprzednio zajmowanym stanowisku, pracodawca proponuje mu inne stanowisko, odpowiednie do jego aktualnych możliwości (ust. 1). Nowe stanowisko pracy musi być możliwie zbliżone do poprzedniego, a jeżeli istnieje taka konieczność, proponowane stanowisko może zostać odpowiednio zmienione, urządzone i zaadaptowane na potrzeby pracownika, także w zakresie czasu pracy (ust. 3). W ocenie skarżącego pracodawca nie wykazał, że zaproponowanie nowego stanowiska pracy w ramach struktury przedsiębiorstwa (albo zmodyfikowanie istniejącego stanowiska pracy) jest niemożliwe. Do tego skarżący wskazywał, że wcześniejsze odrzucenie przez niego propozycji pracodawcy nie oznacza samo w sobie, by dalsze zatrudnienie uważał on (skarżący) za niemożliwe. Podniósł także zarzut, że pracodawca nie wskazał przyczyn domniemanej niemożliwości przekwalifikowania pracownika, a zatem zwolnienie nie opierało się na realnej i poważnej przyczynie wymaganej przez artykuł L-1232-1 kodeksu pracy[22].

Sąd Kasacyjny oddalił skargę, podkreślając fakt, że pracownik odrzucił kilka propozycji nowego zatrudnienia na odpowiednim stanowisku, ze względu na większą odległość od swego miejsca zamieszkania, a także nie wyraził zainteresowania podjęciem pracy za granicą. Sąd ocenił, że starania pracodawcy, by zaproponować pracownikowi nowe stanowisko pracy, były rzetelne[23]. W rezultacie uznał, że niemożliwość dalszego zatrudniania może zostać uzasadniona tym, że pracownik odrzuca propozycje nowego stanowiska pracy dane przez pracodawcę. Zaznaczono przy tym, że kwestia oceny, czy propozycje nowego zatrudnienia uznać można za „rzetelne", ostatecznie leży w gestii sądu.

3. Znaczenie wyroku

W omawianym wyroku[24] Izba Socjalna Sądu Kasacyjnego modyfikuje swoją linię orzeczniczą w zakresie, w jakim pracodawca bierze pod uwagę zdanie pracownika co do obszaru poszukiwań nowego stanowiska pracy. Dotychczas sądy francuskie uznawały za zasadę, że odrzucenie przez pracownika propozycji nowego zatrudnienia (wyraźne albo dorozumiane) nie zwalnia pracodawcy z obowiązku kontynuacji poszukiwania nowego miejsca pracy dla takiego pracownika, ani nie może też ograniczyć poszukiwań pracodawcy do określonego obszaru – blisko miejsca zamieszkania pracownika[25]. Innymi słowy pracodawca nie mógł uzasadnić zaprzestania poszukiwań nowego miejsca pracy niechęcią pracownika. W praktyce oznaczało to, że pracodawca musiał zaproponować pracownikowi każde możliwe miejsce pracy w ramach struktury przedsiębiorstwa, choćby w miejscu najbardziej odległym i to pomimo systematycznego odrzucania kolejnych propozycji przez pracownika. Przy takiej interpretacji wypowiedzenia umów o pracę były skutecznie podważane, choćby w sytuacjach, gdy pracodawca zaniechał proponowania pracy daleko od miejsca zamieszkania pracownika i po wcześniejszym kilkukrotnym odrzuceniu innych, korzystniejszych ze względu na miejsce zamieszkania pracownika, propozycji[26]. Wraz z omawianym wyrokiem pracodawca, proponując pracownikowi, który uległ wypadkowi w pracy, nowe zatrudnienie, może brać pod uwagę jego kolejne odmowy i tym samym zaprzestać dalszych poszukiwań, nie narażając się na zarzut nierzetelności i niewykazania niemożliwości zatrudnienia.

22 Przepis art. L-1232-1 francuskiego kodeksu pracy stanowi, że każde zwolnienie uzasadnione jest poważną i realną przyczyną (fr. *cause réelle et sérieuse*).

23 Pojęcie rzetelności przy poszukiwaniu dla pracownika nowego miejsca pracy doczekało się bogatego orzecznictwa. Por. wyroki Sądu Kasacyjnego (Izba Socjalna): z dnia 14 grudnia 2016 r., 15-25632 (pracownik odrzucił dwanaście propozycji pracodawcy. Sąd uznał, że pracodawca przed definitywnym zwolnieniem poczynił rzetelne starania w celu kontynuacji zatrudnienia); z dnia 7 grudnia 2016 r., 15-22670; z dnia 30 listopada 2016 r., 15-23853.

24 Por. także wyrok Sądu Kasacyjnego (Izba Socjalna) z tego samego dnia, 15-18.092, o zbliżonym stanie faktycznym i identycznym uzasadnieniu.

25 Por. wyroki Sądu Kasacyjnego (Izba Socjalna): z dnia 16 września 2009 r., 08-42.301; z dnia 2 lipca 2014 r., 12-29.552; z dnia 6 maja 2015 r., 13-27.349.

26 Por. nota wyjaśniająca do wyroków 15-18.092 oraz 14-26.398 na stronie https://www.courdecassation.fr/IMG///20161123_note-explicative_arrets_soc_15-18092_14-26398.pdf (dostęp 15.07.2015).

Orzeczenie z dnia 23 listopada 2016 r. można interpretować jako postawienie pewnej tamy oczekiwaniom pracowników – w sytuacjach, gdy wskutek wypadku w pracy nie są oni w stanie podjąć pracy na poprzednio zajmowanym stanowisku. Doprecyzowaniu uległo pojęcie rzetelności w kontekście przedstawiania propozycji nowego miejsca pracy przez pracodawców – z korzyścią dla pracodawców. Z drugiej strony rozstrzygnięcie to prowadzi do ukrócenia sytuacji, w których proponowane miejsca nie spełniają – subiektywnych w gruncie rzeczy – oczekiwań pracowników, którzy w następstwie wypadku nie mogą już świadczyć pracy w dotychczasowym zakresie.

Wyrok Sądu Kasacyjnego (Pierwsza Izba Cywilna) z dnia 30 listopada 2016 r., 15-21.590 Transport lotniczy pasażerów. Odpowiedzialność przewoźnika – zakres zastosowania rozporządzenia (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady

1. Stan faktyczny

Orzeczenie dotyczy kwestii zastosowania unijnego rozporządzenia (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie, w jakim ustanawia ono odpowiedzialność przewoźników za opóźnienia w tzw. lotach łączonych. Omawiane rozstrzygnięcie dotyczy podróży poza Unię Europejską, gdy podróż podzielona jest na odcinki. Małżeństwo X wykupiło lot liniami lotniczymi Emirates z Francji do Kuala-Lumpur z przesiadką w Dubaju. Przylot do Kuala-Lumpur nastąpił z ponad trzygodzinnym opóźnieniem. Małżeństwo X wniosło pozew przeciwko spółce Emirates o odszkodowanie na podstawie art. 6 i 7 unijnego rozporządzenia nr 261/2004 (dalej: rozporządzenie)[27]. Sąd nakazał zapłatę 600 euro każdemu z małżonków – a także dalszych kwot tytułem zwrotu zamówionych taksówek. Wyrok zaskarżyła spółka Emirates (dalej: skarżący).

2. Ocena prawna

Skarżący zarzucił sądowi apelacyjnemu błędne zastosowanie art. 3, 6 oraz 7 rozporządzenia, twierdząc, że rozporządzenie to ma zastosowanie tylko do pasażerów wylatujących z lotniska znajdującego się na terytorium państwa członkowskiego albo do pasażerów przylatujących na lotnisko znajdujące się na terytorium państwa członkowskiego – i wówczas tylko, gdy przewoźnikiem jest spółka zarejestrowana w Unii Europejskiej. Skarżący podkreślił, że nie jest przewoźnikiem podlegającym prawu wspólnotowemu oraz zwłaszcza, że opóźniony lot odbył się już na dalszym etapie trasy, tj. z Kuala-Lumpur do Dubaju, a więc na terytorium państw, które nie są członkami Unii Europejskiej.

Sąd nie podzielił argumentów skarżącego, uznając, że lot miał charakter łączony, a – co było decydujące – pierwszy wylot miał miejsce z lotniska położonego na terytorium państwa członkowskiego. Tym samym rozporządzenie miało zastosowanie i to pomimo tego, że opóźnienie nastąpiło dopiero w locie z państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej do państwa, które również nie jest członkiem Unii. Sąd Kasacyjny uznał zarzut o niestosowaniu prawa wspólnotowego do przewoźników niezarejestrowanych w Unii Europejskiej za błędny. Wskazano przy tym zwłaszcza na brzmienie art. 3 pkt 1 lit. a), a także pkt 5 rozporządzenia[28].

3. Znaczenie wyroku

Wyrok Sądu Kasacyjnego precyzuje zakres stosowania rozporządzenia nr 261/2004 w zakresie odpowiedzialności przewoźnika w wypadku lotów łączonych z i do państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, kiedy miejscem początkowym lotu łączonego jest lotnisko położone na terytorium państwa członkowskiego UE. Sąd w swoim uzasadnieniu przywołuje orzecznictwo TSUE w sprawie *Folkerts*[29] i wpisuje się w ustano-

27 Rozporządzenie (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. ustanawiające wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylające rozporządzenie (EWG) nr 295/91 (Dz.Urz. UE L 46 z 17.2.2004, s. 1).

28 Art. 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia nr 261/2004 brzmi następująco: „Niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie do pasażerów odlatujących z lotniska znajdującego się na terytorium Państwa Członkowskiego, do którego ma zastosowanie Traktat". Por. także pkt 5 omawianego rozporządzenia.

29 Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 luty 2013 r. w sprawie C-11/11 *Air France przeciwko*

wioną linię orzeczniczą Sądu Kasacyjnego mającą za podstawę treść rozporządzenia nr 261/2004[30]. Za utarty pogląd sądów francuskim należy uznać stosowanie przywołanego rozporządzenia dla lotów łączonych rozpoczynających się na terytorium Unii Europejskiej. Jakkolwiek pozwane linie lotnicze zwykły bronić się argumentem sprowadzającym się do podziału lotu na osobne odcinki, to jednak orzeczenie z dnia 30 listopada 2016 r. po raz kolejny podkreśla niezasadność takiej argumentacji – z pożytkiem dla korzystających z przewozów lotniczych na terytorium Unii.

Heinzowi-Gerkemu Folkertsowi, Luz Terezie Folkerts (Dz.Urz.UE C114/8 z 20.4.2013).

30 Por. także wyroki Sądu Kasacyjnego (Pierwsza Izba Cywilna): z dnia 19 października 2016 r., 15-25.864; z dnia 12 października 2016 r., 15-20.380; z dnia 15 czerwca 2016 r., 15-16.358; z dnia 15 stycznia 2015 r., 13-25.351.